This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

8256
ORK PUBLIC LIBRARY
FROM FUND BEQUEATHED BY
ANE DUGDALE
EMORY OF HER BROTHER
RD L. DUGDALE

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

PAR

R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL,
PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL A L'UNIVERSITÉ DE LYON

TOME PREMIER

OUVRAGE COURONNÉ PAR L'INSTITUT
(ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES)

Deuxième Édition

Complètement revue et considérablement augmentée

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, 22
L. LAROSE, Directeur de la Librairie
1898

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

I

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Précis de droit criminel, *6e édition*. Paris, à notre librairie, 1898, 1 volume in-8°..... 10

L'anarchie et la répression (supplément à la *1re édition* du *Traité de droit pénal*), à notre librairie. 1896, 1 vol. in-8°.. 3 5

Des liquidations judiciaires, de leur pratique et de leur légalité. Paris, L. Larose et Forcel, 1882, in-8°..... 1

La relégation et l'interdiction de séjour, explication de la loi du 27 mai 1885. Paris, L. Larose et Forcel, 1 brochure in-8°..... 2

La loi des 5-16 juin 1875 sur le régime des prisons départementales. Paris, Cotillon, 1877, in-8°..... 1 5

Examen du budget français. Lyon, Mougin-Rusand, 1878, in-8°..... 2

De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible. Paris, Maresceq aîné, 1880, in-8°..... 4

Des attentats à la pudeur et des viols sur les enfants (*Législation. Statistique*). Paris et Lyon, A. Storck, 1886, in-8°..... 1 2

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU

DROIT PÉNAL FRANÇAIS

PAR

R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL A L'UNIVERSITÉ DE LYON

TOME PREMIER

OUVRAGE COURONNÉ PAR L'INSTITUT

(ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES)

Deuxième Édition

Complètement revue et considérablement augmentée

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898

30

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
186053
ASTOR, LENOX
TILDEN FOUNDATIONS
1902

PRÉFACE

La première édition de ce Traité a été épuisée plus rapidement que je n'aurais osé l'espérer. J'ai dû me remettre à l'œuvre, presque sans avoir pu déposer la plume, pour le remanier et le refondre. Ce n'est pas, en effet, une simple réimpression que je soumets au public : c'est vraiment une *édition nouvelle*. Le droit pénal, dans cette fin de siècle, subit une évolution aussi profonde qu'à la fin du siècle dernier ; et ceux qui tentent d'en présenter le tableau s'aperçoivent combien rapidement les perspectives changent et avec quelle constance il faut se remettre au point. L'Académie des sciences morales et politiques, qui m'a fait le grand honneur de me décerner le prix Wolowski, destiné à récompenser le meilleur ouvrage de droit publié dans les six dernières années, disait, de ce Traité, par l'organe de son savant rapporteur, M. Dareste, « qu'il avait vraiment épuisé le sujet et « qu'il serait même un livre définitif, si le droit ne se renou- « velait pas sans cesse, s'il ne se transformait pas sous l'em- « pire des faits et des circonstances ». De cette appréciation

trop bienveillante, j'ai surtout retenu la nécessité de suivre, avec une scrupuleuse attention, le mouvement des idées et des institutions, pour pouvoir donner au lecteur l'impression exacte de la vie scientifique, si intense en cette matière.

L'Ecrit. par Beaujeu, le 3 août 1897.

INTRODUCTION

Bibliographie générale. — BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduit et annoté par FAUSTIN HÉLIE (2e éd., 1870, in-18). — BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses* (2 vol. in-8°, 1818); *Législation civile et pénale* (1830, 3 vol. in-8°). — BRISSOT DE WARWILLE, *Théorie des lois criminelles* (nouv. éd., Paris, 1836, 2 vol. in-8°). — BERTAULD, *Étude sur le droit de punir* (en appendice à son *Cours de Code pénal*). — BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (2 vol., Leipzig, 1872-1877). — BRUSA, *Appunti per una introduzione al corso di Diritto e Procedura penale* (Turin, 1880); *id., Prolegomeni al diritto penale* (Turin, 1888, in-12). — César CANTU, *Beccaria et le droit pénal* (introduction par LACOINTA et DELPECH) Paris, 1886). — FRANCK, *Philosophie du droit pénal* (2e éd., 1880). — ELLERO, *Delle origine storiche del diritto di punire*, dans ses *Opusculi criminali* (Bologne, 1874). — DE GIRARDIN, *Le droit de punir* (1871). — LITTRÉ, *Origine de l'idée de justice* (*La science au point de vue philosophique*, 2e éd., 1873, p. 331). — MAUS, *De la justice pénale* (Bruxelles, 1890). — E. MORTON, *Le devoir de punir* (Paris, 1887). — L. PROAL, *Le crime et la peine* (Paris, 1892). — Herbert SPENCER, *La justice* (Paris, 1893). — Albéric ROLLIN, *Les phases du droit pénal* (*Rev. de droit international et de législation comparée*, 1882, t. XIV, p. 20 à 39). — ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée* (*Introduction philosophique*, 1 vol. in-8°, 1839; *Introduction historique*, 1 vol. in-8°, 1841). — PASTORET, *Des lois pénales* (Paris, Buisson, 1790, 2 vol. in-8°). — ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1re éd. de 1791, 5e éd., 1833, 2 vol. in-8°). — ROSSI, *Traité de droit pénal* (4e éd.,

1872, 2 vol. in-8°). — G. TARDE, *La philosophie pénale* (Paris et Lyon, 1896, 4e éd., in-8°); *id.*, *Études pénales et sociales* (Paris et Lyon, 1896, 2e éd., in-8°); *id.*, *Essais et mélanges sociologiques* (Paris et Lyon, in-8°). — TISSOT, *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal* (Paris, 1875, 1 vol. in-8°); *id.*, *Le droit pénal étudié dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples du monde* (1880, 2e éd., 2 vol. in-8°). — G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes* (Paris, 1890, 1 vol. in-8°).

INTRODUCTION

§ I. — LE DROIT CRIMINEL

1. Droit et pouvoir de punir. — 2. Droit criminel. Sociologie criminelle.

1. Le droit *criminel* ou droit *pénal*[1], a pour domaine et pour objet le *droit de punir* (*jus puniendi*). Ce droit n'appartient pas seulement à l'État; il ne s'exerce pas seulement en son nom : il peut appartenir à des individus, comme à des corporations, des associations ou des assemblées, dont l'État reconnaît l'existence et protège l'activité[2]. Il ne sera question, dans cet ouvrage, que du droit *social* de punir[3].

§ I. [1] Droit *criminel* ou Droit *pénal* (*Strafrecht*), suivant que l'on se place au point de vue de l'*infraction*, du *crime*, dont la peine est la conséquence, ou bien au point de vue de la *peine*, qui est la suite de l'infraction. Les deux expressions sont employées comme synonymes pour qualifier cette branche du droit.

[2] Le droit de punir, qui n'appartient pas à l'État et qui n'est pas exercé en son nom, comprend le domaine fort étendu des *pénalités disciplinaires*, qui ne diffèrent nullement, par leur essence, des peines proprement dites, qui en diffèrent seulement par les intérêts spéciaux qu'elles protègent et par leur organisation. On peut classer ces pénalités en deux catégories : *a*) celles qui sont tolérées ou réglées par l'État, autorisées par des dispositions précises des lois et règlements, et qui sont prononcées par des individus ou des corporations : droit de correction des père et mère sur leurs enfants, des chambres de notaires sur leurs membres, etc.; *b*) celles que prononcent des assemblées qui jouissent d'une certaine autonomie, telles que la Chambre des députés, le Sénat, et qui dérivent, pour ces assemblées, d'une sorte de convention, de règlement intérieur, autorisé et sanctionné par l'État, en tant qu'il n'est pas contraire aux lois générales. Cfr. Brusa, *Prolegomeni*, n° 11.

[3] C'est le droit, tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être qui fait l'objet de ce Traité.

Le fait de la répression s'est produit de tout temps et partout. Un père punit ses enfants; un maître, ses élèves; un chef, ses soldats, et cela depuis qu'il y a des hommes sur la terre. Mais ce fait s'est toujours manifesté avec trois caractères qui paraissent lui être essentiels : 1° il dérive du droit de commander; 2° il a pour objet de sanctionner une défense ou un ordre; 3° il tend à rétribuer une faute et à en prévenir le renouvellement. C'est toujours dans ces conditions que la pénalité intervient, quel que soit celui qui l'inflige, individu ou collectivité.

On sait que, dans les sociétés modernes, l'État monopolise la répression. C'est avec son consentement ou sa tolérance que s'exerce le droit de punir des individualités ou des corporations[4]. L'État, qui constitue la force organisée et collective, mise au service du droit, a, au point de vue spécial de la répression, un *pouvoir de punir*, en fait *illimité*. Mais il l'exerce, dans des conditions qu'il se trace lui-même, à l'avance, dans sa législation. Et comme « le droit est la politique du pouvoir »[5], le droit de punir est le pouvoir de punir de l'État *limité par le droit*. On appelle précisément *droit pénal* ou *droit criminel positif*, l'ensemble des lois, établies et promulguées suivant les formes constitutionnelles de chaque État, qui règlent l'exercice du pouvoir de punir. C'est ainsi qu'on dira : le *droit pénal français*, le *droit pénal allemand*, etc.

Cet ensemble de lois comprend nécessairement trois parties : 1° le *précepte*, c'est-à-dire la détermination des faits punissables et des peines applicables; 2° l'organisation des *autorités* chargées de poursuivre les faits punissables, d'en juger les auteurs, de prononcer les peines et de les faire exécuter; 3° la *procédure*, c'est-à-dire la marche à suivre pour arriver à ces résul-

[4] C'est ainsi que l'État tolère que les pères de familles, que les maîtres, etc., exercent un droit de correction sur leurs enfants ou leurs élèves. L'*abus de ce droit* forme même, dans beaucoup de législations étrangères, un titre particulier de délit (ainsi, dans le C. pén. italien de 1889, art. 390) : ce qui prouve que l'usage modéré des corrections corporelles est légitime. Il n'y a pas, en effet, d'éducation possible sans l'emploi de châtiments. On peut seulement discuter sur l'utilité des corrections manuelles ou corporelles.

[5] Suivant l'expression d'Ihering.

tats. La détermination des infractions et l'établissement des peines rentrent dans le domaine du *droit pénal* proprement dit; les autorités et la procédure, dans celui de la *procédure pénale*.

2. L'infraction et la peine, ce sont là les deux objets *corrélatifs* de la science criminelle. Mais suivant la manière dont elle les étudie, cette science se divise en deux branches : le *droit criminel* et la *sociologie criminelle*[6].

Dans le droit criminel, le *crime* et la *peine* sont considérés comme des *phénomènes juridiques*, c'est-à-dire aux points de vue des rapports des hommes entre eux et pour régler les droits et les obligations qui naissent de ces rapports. Rechercher quel est le fondement et quelles sont les limites du droit social de punir; se demander quels actes sont punissables; quelles sont les conditions de l'imputabilité et la mesure de la culpabilité; déterminer les conséquences du délit, soit au point de vue de l'intérêt privé, soit au point de vue de l'intérêt social; organiser des mesures de réparation et des mesures de répression, tels sont les divers objets du droit criminel. Si le jurisconsulte étudie ces choses dans leur ordre de coexistence, il fait du droit proprement dit. S'il les considère au point de vue de leur ordre de succession dans le temps, il fait du droit historique.

Dans la sociologie criminelle, l'objectif change : le crime est

[6] L'expression d'*anthropologie criminelle*, qui est souvent employée pour désigner cette branche de la science criminelle, est doublement inexacte : elle suppose que le criminel a des caractères physiques anormaux, permettant de le classer à part, d'en faire un type anthropologique, ce qui ne paraît pas avoir été démontré jusqu'ici; elle n'exprime qu'un des aspects de la sociologie, le point de vue naturaliste. Je m'arrête à cette qualification de *sociologie criminelle* qui est employée par Ferri, dans son remarquable ouvrage : *La sociologie criminelle* (Paris, 1893), et que je préfère à celle de *criminologie*, cette dernière étant moins exacte et moins compréhensive. On sait qu'un mouvement d'idées, qui date à peine de quelques années, est en voie de renouveler toutes les sciences qui étudient l'homme comme être social. La sociologie qui, il y a un demi-siècle, s'était détachée des sciences morales, pour se souder aux sciences naturelles, par l'hypothèse de l'organisme social dont on faisait une réalité, se dessoude, en ce moment, de la biologie, pour se rapprocher de la psychologie, qui doit être sa véritable base. La sociologie criminelle a suivi une évolution analogue.

étudié, à la fois, comme *phénomène biologique* et comme *phénomène social* et l'homme criminel, non seulement comme personnalité individuelle (*selbstewesen*) et dans sa constitution anatomique, physiologique et psychologique, mais aussi comme membre d'un groupe social (*gheldwesen*); et la peine, comme une *fonction* même de l'organisme social.

Ces deux branches de la science criminelle correspondent au double courant d'idées que la découverte d'un crime suggère à la conscience collective : un courant de *questions juridiques*, sur les dispositions légales applicables au fait, sur la peine et sa mesure; un courant de *questions sociales*, sur les causes qui ont poussé le criminel, sur ses antécédents, ses fréquentations, la crainte qu'il inspire, le milieu dans lequel il est né, les mesures à prendre contre lui, le rôle de la peine comme moyen de préservation et de défense sociales.

Le droit pénal et la sociologie criminelle, bien que reliés par la similitude de l'*objet*, le crime et la peine, sont séparés par la différence de *méthode*, ce qui suffit pour leur donner une autonomie respective. Mais tout en étant distinctes, ces deux manières de comprendre le crime et la peine doivent se pénétrer et réagir l'une sur l'autre[1]. La sociologie criminelle a donné une nouvelle orientation au droit pénal, et, déjà, quelque prématurées que soient encore les conclusions qu'elle propose, il y a lieu d'en tenir compte et de préciser les enseignements qu'on en peut retirer. Les juristes doivent beaucoup, en effet, à la sociologie criminelle, et pour l'amélioration des lois, comme pour celle des jugements, il y a un mariage à conclure entre la science d'observation et la science de raisonnement, et cette union c'est la sociologie criminelle qui la rendra possible et féconde. Il ne faut pas *à priori* déclarer incompatibles le point de vue juridique et le point de vue social, et toute séparation entre deux écoles, ne pourrait que nuire aux conditions de la lutte contre la criminalité, qui est l'objectif commun du droit pénal et de la sociologie criminelle.

[1] Le droit pénal n'est pas, comme le prétend l'école positiviste italienne, un chapitre de la sociologie : le droit pénal et la sociologie ont leur autonomie. Voy. Vaccaro, *Genesi e funzioni delle legge penali.*

§ II. — RAPPORT DU DROIT PÉNAL ET DE LA SOCIOLOGIE CRIMINELLE[1]

3. En quoi l'application du droit civil diffère de celle du droit criminel. — **4.** Nécessité pour les sciences sociales de s'appuyer sur les sciences naturelles. Méthode expérimentale appliquée à leur étude. Les nouveaux horizons du droit pénal. — **5.** Les lois sociales. Le libre arbitre. — **6.** Double méthode appliquée à la recherche expérimentale des lois de la criminalité. — **7.** La sociologie criminelle. Son triple objet. — **8.** Le criminel. Pour le législateur, c'est un type idéal. Pour le juge, un individu. Double conséquence. Individualisation de la peine. Condamnés primaires ou récidivistes. — **9.** Fonction sociale de la répression. Peines d'élimination. Peines d'adaptation. Les critères anthropologiques et sociologiques. — **10.** Les facteurs du crime. Facteurs naturels, individuels et sociaux. — **11.** Prophylaxie et thérapeutique criminelles. — **12.** L'école anthropologique. Le type criminel au point de vue anthropologique et psychique. Explication des caractères qui différencient les criminels. Atavisme. Épilepsie. Folie morale. Dégénérescence. — **13.** Ce que deviendrait la répression avec cette conception de la criminalité. Inexactitude du critère anthropologique. — **14.** École sociologique. — **15.** Les résultats de la statistique criminelle française depuis 1826. — **16.** Répercussion sur le mouvement de la criminalité de tous les faits d'ordre économique, matériel et social. — **17.** La marche parallèle de la criminalité et de la récidive. — **18.** Conclusions.

3. Le droit criminel, en France et à l'étranger, étudie le délit et la peine comme de pures abstractions, envisagées au double

§ II [1]. Cfr. E. Ferri, *Dei limiti fra diritto penale ed antropologia criminale* (Bologne, 1881); *Di diritto de punire come funzione sociale* (Turin, 1882); *La sociologie criminelle* (Paris, 1893); Colajanni, *La sociologia criminale* Catane, 1888, 2 vol.); H. Joly, *Le combat contre le crime* (Paris, 1888); *La France criminelle* (Paris, 1889); Garofalo, *La criminologie, Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité* (Paris, 2e édit., 1890); R. Garraud, *Des rapports du droit pénal et la sociologie criminelle* (*Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886, t. I, p. 9 à 23), *id.*, *Le problème moderne, la penalité* (Paris, 1888); A. Prins, *Criminalité et répression* (Bruxelles, 1886); G. Tarde, *La criminalité comparée* (1 vol. in-12, 1886, Paris); L. Paoli, *Le droit criminel et ses horizons* (*La France judiciaire*, 1887, t. XI, p. 109 à 117). Pour la contre-partie critique : L. Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, traduit par A. Prudhomme (Paris, 1892); Albert Desjardins, *La méthode expérimentale appliquée au droit criminel en Italie*, 1888; Brusa, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale* (Turin, 1887); Carvazza Rametta, *Il positivismo e le reforme nel diritto e nella procedura penale* (Messine, 1884); Innamorati, *I nuovi orizzonti del diritto penale e l'antica scuola italiana* (Pérouse, 1887); Aramburu, *La nueva ciencia penal* Madrid, 1886); H. Joly, *Le crime* (Paris, 1888).

point de vue de la logique et du droit. L'œuvre des criminalistes paraît consister à distinguer, avec soin, finesse et simplicité, le vol, l'escroquerie, la tentative, la complicité, etc. Il semble donc qu'un bon juriste puisse être, par cela même et par cela seul, un bon criminaliste. Mais deux différences profondes séparent le droit criminel du droit civil : la *manière de juger* et la *suite du jugement*.

Dans le procès civil, non seulement le juge peut, mais il doit faire abstraction des personnes. C'est une *espèce* qui lui est soumise, un acte ou un fait considéré en lui-même. Presque toujours l'individualité des parties reste étrangère à la solution de la question, et le juge, qui connaîtrait les plaideurs, devrait se déporter, car il lui serait difficile de se montrer impartial. Dans le procès pénal, au contraire, c'est un *individu* et non un fait qu'il faut juger, un criminel et non un crime. L'idéal de la justice répressive consisterait même à donner au criminel, pour juges, ceux qui le connaissent le mieux dans sa vie tout entière, dans son individualité physique et morale, dans ses antécédents, ses relations, son milieu.

D'un autre côté, le procès ne termine pas une affaire criminelle et le dernier mot du droit n'est pas dit par le juge : la *condamnation* n'est que le prologue de la *répression*, c'est donc à l'exécution que tout aboutit. L'importance de l'exécution pénale se manifeste, à la fois, pour l'État, qui est chargé d'organiser la peine, et pour le condamné, qui va la subir. C'est de la bonne ou mauvaise solution de la question pénitentiaire que toute législation pénale tire son caractère et sa valeur.

Que résulte-t-il de cette double observation ? C'est qu'il ne

juristes, aux psichiatres, aux médecins, qu'éloignés par leur origine et leurs études, ils avaient pourtant, sans le savoir, des intérêts communs et une tâche commune dans la lutte contre la criminalité.

Ce sont ces diverses *contributions* dont il nous faut donner une idée générale.

4. Le fondateur de la philosophie positive, Aug. Comte, a, le premier, déterminé la véritable *nature* des sciences sociales et la *méthode* qui doit être suivie dans leur étude. En plaçant les sciences sociales au sommet des connaissances humaines[2], non pour leur donner une vaine prééminence, mais parce que c'est en elles que s'opère la convergence de toutes les autres sciences, il a montré que les phénomènes sociaux qui, sans doute, ne s'expliquent pas uniquement par des causes physiologiques, puisqu'ils sont ou peuvent être l'effet de la *volonté humaine*, ont, cependant, avec ces phénomènes, des rapports constants et nécessaires, et que, si l'on veut construire les sciences sociales sur un terrain solide, il faut les appuyer sur les sciences biologiques et naturelles, c'est-à-dire, sur les sciences qui étudient la nature physique de l'homme et du monde matériel où s'exerce son activité. Et, de même que les sciences biologiques et naturelles se sont constituées, grâce aux méthodes sévères qui excluent les conceptions artificielles, sous l'empire desquelles l'esprit humain avait longtemps vécu, Aug. Comte a montré

[2] Sur la classification des sciences, de GRAEEF, *Les lois sociologiques* (Paris, 1893), p. 1, à 35. « Le tableau hiérarchique des sciences depuis les mathématiques jusqu'à la sociologie est la formule d'une loi à la fois statique et dynamique : statique, en ce sens que l'ordre nécessaire de l'organisme scientifique est tel que les sciences les plus spéciales et les plus complexes reposent, sans exception, sur des sciences plus générales et plus simples ; dynamique, en ce sens que, dans leur activité, et notamment dans leur évolution, à la fois historique et logique, elles obéissent à la même loi, au même ordre, déterminés par les mêmes conditions. » Aug. Comte, s'est proposé, dans sa classification, d'énumérer les sciences d'après les dépendances mutuelles des phénomènes étudiés et d'en montrer la hiérarchie, mais ces dépendances étant exactement inconnaissables, « une telle classification (ainsi qu'il l'avoue lui-même) renfermera toujours quelque chose, sinon d'arbitraire, du moins d'artificiel. »

qu'on ne devait attendre le progrès des sciences sociales que de l'application, à leur étude, des méthodes d'observation directe et d'induction scientifique.

Ainsi, — *nécessité pour les sciences sociales de s'appuyer sur les sciences naturelles, — importance de la méthode d'observation appliquée à leur étude,* — ce sont là, deux idées fécondes, dont l'application est en voie de renouveler le savoir humain.

Le droit pénal n'a pu échapper à leur influence, et les efforts qui ont été faits, dans ces derniers temps, pour dégager ce qu'on a appelé, avec un enthousiasme peut-être prématuré, « *les nouveaux horizons du droit pénal* », en appliquant la *méthode expérimentale* à l'étude des délits et des peines, méritent vraiment qu'on s'y arrête, et qu'on en calcule la portée et les résultats.

5. Les faits du monde inorganique, comme les faits du monde organique, sont enchaînés les uns aux autres par des lois immuables; en d'autres termes, il existe un rapport nécessaire, entre tout phénomène naturel et les conditions où ce phénomène se produit [3]. En est-il de même pour les faits sociaux? Longtemps on a établi, entre les uns et les autres, une ligne de démarcation profonde. L'homme, qui est le facteur essentiel des faits sociaux, n'a-t-il pas la liberté de ses actes? Et, par conséquent, ces faits ne sont-ils pas le produit de l'arbitraire et du hasard? Il faut reconnaître, aujourd'hui, en présence d'observations et de recherches nombreuses, que ces idées ont subi une modification profonde. Les faits sociaux paraissent être, eux aussi, dans des rapports fixes, et l'on constate, l'on pressent, tout au moins,

tions métaphysiques dont la science moderne devra débarrasser l'humanité? La notion de la liberté morale est-elle destinée à périr comme étouffée dans le réseau de plus en plus serré du déterminisme universel, naturel et humain? Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette grave question. Je dirai seulement que la négation de la liberté morale me paraît aussi exagérée que la négation des influences qui sollicitent, sans les déterminer fatalement, les actes volontaires de l'homme. La conception d'un libre arbitre absolu est en dehors de la vérité des faits, comme la conception d'un déterminisme fatal. L'homme, sans doute, paraît soumis à des lois générales; il évolue dans un milieu, dont il n'est pas le maître; mais, dans les limites de ces lois, dans les conditions qui lui sont faites par ce milieu, il conserve une liberté relative qui suffit à engager sa responsabilité personnelle. Les lois qui régissent les masses, a fait remarquer Quetelet, n'anéantissent pas la liberté des individus[4]. De ce que le *motif* est la condition nécessaire de la détermination, il ne s'ensuit pas, non plus, qu'il en soit la cause décisive et suffisante. Il est certain que lorsque nous nous déterminons à agir, il y a toujours un motif qui l'emporte, et qui, par conséquent, peut être dit le plus fort : mais est-il le plus fort par lui-même ou parce que nous nous déterminons d'après lui? c'est ce qu'il faudrait démontrer. Je sais bien que le motif le plus fort est celui qui s'adapte et s'accorde le mieux avec notre caractère, et que notre caractère c'est nous-même. Mais, d'une part, on peut, par sa volonté persévérante, modifier son caractère; d'autre part, on peut, par sa volonté, agir contrairement à son caractère;

[4] Cfr. sur ce point : QUETELET, *Sur l'homme et le développement de ses facultés; Essai de physique sociale* (Paris, 1835, 2 vol. in-8°); *id., Du système social et des lois qui le régissent* (1848); WAGNER, *Die Gesetzmassigkeit in den scheinbaru ilkurl... (La loi des actions humaines, en apparence arbitraires, au point de vue de la statistique,* Hambourg, 1864); GUERRY, *Statistique morale de l'Angleterre comparée avec la statistique morale de la France* (Paris, 1864); *id., Essai sur la statistique morale de la France* (Paris, 1833). Sur l'influence des lois de moyenne, attestée par la statistique, et sur leur conciliation avec la liberté humaine : FONSEGRIVE, *Essai sur le libre arbitre,* p. 321 et suiv.; EMILIO PASCALE (pseudonyme sous lequel se dissimule un magistrat italien), *Uso ed abuso della statistica* (Rome, 1885).

et ces constatations suffisent, sans engager aucune controverse métaphysique, pour laisser une base suffisante à la responsabilité morale et faire une part légitime à la nécessité et à la liberté. Entre la thèse qui considère le crime comme le *fiat* absolu de la liberté individuelle et celle qui le considère comme la résultante fatale de l'action simultanée de trois ordres de facteurs naturels, les facteurs anthropologiques (*organiques* et *psychiques*), les facteurs physiques (*milieu tellurique*) et les facteurs sociaux (*milieu social*), il y a place, je crois, pour une conception moyenne qui laisse à chaque criminel son individualité et sa responsabilité personnelles[5].

J'exprime, en effet, une vérité banale, en affirmant que le crime n'est pas un acte isolé et spontané de perversité individuelle : tout démontre, au contraire, la corrélation de cet acte avec les caractères du délinquant et l'influence, sinon déterminante, du moins prépondérante, du milieu, sur sa production et son développement. S'il suffit, en effet, d'avoir quelques notions élémentaires d'anatomie et de physiologie, pour admettre qu'il existe une certaine harmonie entre la manière d'agir d'un individu et son organisme, il suffit aussi d'observer les faits quotidiens pour savoir que des individus, organisés de la même manière, peuvent agir différemment les uns des autres, s'ils sont soumis à des influences de milieu dissemblables. Dans l'appréciation de la criminalité, comme dans l'appréciation de tout phénomène social, il faut donc considérer deux facteurs : l'*individu* et le *milieu*. Mais c'est là un simple procédé d'analyse : en réalité, tous les phénomènes sociaux sont complexes, et les lois qui les régissent ne peuvent être déterminées qu'en observant

distinctement les individus et les masses, en mettant en rapport ces deux termes, et en dégageant, de leur comparaison, certains faits généraux, qui se reproduisent et se répètent avec une apparente régularité et permettent de dégager, au milieu de faits individuels, certaines lois générales.

Cette double méthode d'observation et de recherche a été appliquée à la criminalité.

6. Si le crime, ainsi qu'on l'a dit, est un « acte social accompli par l'individu », on a dû étudier le crime, non plus, comme on l'avait fait jusqu'ici, à un point de vue abstrait, mais à un point de vue concret, en examinant directement et physiquement l'homme criminel, l'*Uomo delinquente,* et en comparant les résultats qu'on obtient ainsi à ceux que fournit l'examen, soit des individus normalement constitués, soit des aliénés. On s'est livré, dans cette direction, et on se livre, tous les jours, à des observations minutieuses; on note les caractères physiques, intellectuels et moraux des délinquants; on étudie leurs habitudes, leurs mœurs, leur langue; on décrit toutes ces choses dans des *monographies criminelles,* et, en groupant les résultats qu'on obtient ainsi, on arrive à tracer les lignes de démarcation d'une sorte d'*anthropologie* et de *psychologie criminelles,* ou *de science de l'homme criminel.*

D'un autre côté, la statistique a permis de dégager certains facteurs qui produisent le crime, l'entretiennent, le font augmenter ou diminuer. On sait que la statistique a pour objet le groupement méthodique et par masse des faits sociaux qui se prêtent à une évaluation certaine, particulièrement à une évaluation numérique. Il ne faut pas en exagérer la portée : la statistique est, aux sciences sociales, ce que la micrographie est à la physiologie; elle est plutôt une *méthode* d'observation qu'une science distincte. Mais c'est un admirable *sociomètre,* qui est appelé à rendre aux criminalistes des services analogues à ceux que le thermomètre rend aux physiciens[6]. En effet, le nombre des crimes, les lieux et les circonstances dans les-

[6] Cfr. G. Tarde, *Positivisme et pénalité* (*Archives de l'anthropologie criminelle,* 1887, t. II, p. 32).

et ces constatations suffisent, sans engager aucune controverse métaphysique, pour laisser une base suffisante à la responsabilité morale et faire une part légitime à la nécessité et à la liberté. Entre la thèse qui considère le crime comme le *fiat* absolu de la liberté individuelle et celle qui le considère comme la résultante fatale de l'action simultanée de trois ordres de facteurs naturels, les facteurs anthropologiques (*organiques* et *psychiques*), les facteurs physiques (*milieu tellurique*) et les facteurs sociaux (*milieu social*), il y a place, je crois, pour une conception moyenne qui laisse à chaque criminel son individualité et sa responsabilité personnelles[5].

J'exprime, en effet, une vérité banale, en affirmant que le crime n'est pas un acte isolé et spontané de perversité individuelle : tout démontre, au contraire, la corrélation de cet acte avec les caractères du délinquant et l'influence, sinon déterminante, du moins prépondérante, du milieu, sur sa production et son développement. S'il suffit, en effet, d'avoir quelques notions élémentaires d'anatomie et de physiologie, pour admettre qu'il existe une certaine harmonie entre la manière d'agir d'un individu et son organisme, il suffit aussi d'observer les faits quotidiens pour savoir que des individus, organisés de la même manière, peuvent agir différemment les uns des autres, s'ils sont soumis à des influences de milieu dissemblables. Dans l'appréciation de la criminalité, comme dans l'appréciation de tout phénomène social, il faut donc considérer deux facteurs : l'*individu* et le *milieu*. Mais c'est là un simple procédé d'analyse; en réalité, tous les phénomènes sociaux sont complexes, et les lois qui les régissent ne peuvent être déterminées qu'en observant

[5] La négation du libre arbitre et, par conséquent, de la responsabilité morale, est le *dogme* de l'école positiviste. Il suffit, en effet, de citer ces propositions absolues que l'on trouve sous la plume des partisans de cette école : « Le libre arbitre n'est qu'un rêve de métaphysicien » (Tommasi). « Le libre arbitre est inadmissible d'après l'expérimentation moderne » (Puglia). « La vraie science doit renoncer aux idées et aux mots de responsabilité » (Benedickt). Au fatalisme antique, on a substitué le déterminisme soit naturel, soit psychologique. Pour l'exposé et la réfutation de ces thèses : Abbé de Broglie, *Le positivisme et la science expérimentale* (Paris, 1890).

distinctement les individus et les masses, en mettant en rapport ces deux termes, et en dégageant, de leur comparaison, certains faits généraux, qui se reproduisent et se répètent avec une apparente régularité et permettent de dégager, au milieu de faits individuels, certaines lois générales.

Cette double méthode d'observation et de recherche a été appliquée à la criminalité.

6. Si le crime, ainsi qu'on l'a dit, est un « acte social accompli par l'individu », on a dû étudier le crime, non plus, comme on l'avait fait jusqu'ici, à un point de vue abstrait, mais à un point de vue concret, en examinant directement et physiquement l'homme criminel, l'*Uomo delinquente,* et en comparant les résultats qu'on obtient ainsi à ceux que fournit l'examen, soit des individus normalement constitués, soit des aliénés. On s'est livré, dans cette direction, et on se livre, tous les jours, à des observations minutieuses; on note les caractères physiques, intellectuels et moraux des délinquants; on étudie leurs habitudes, leurs mœurs, leur langue; on décrit toutes ces choses dans des *monographies criminelles,* et, en groupant les résultats qu'on obtient ainsi, on arrive à tracer les lignes de démarcation d'une sorte d'*anthropologie* et de *psychologie criminelles,* ou *de science de l'homme criminel.*

D'un autre côté, la statistique a permis de dégager certains facteurs qui produisent le crime, l'entretiennent, le font augmenter ou diminuer. On sait que la statistique a pour objet le groupement méthodique et par masse des faits sociaux qui se prêtent à une évaluation certaine, particulièrement à une évaluation numérique. Il ne faut pas en exagérer la portée : la statistique est, aux sciences sociales, ce que la micrographie est à la physiologie; elle est plutôt une *méthode* d'observation qu'une science distincte. Mais c'est un admirable *sociomètre,* qui est appelé à rendre aux criminalistes des services analogues à ceux que le thermomètre rend aux physiciens[6]. En effet, le nombre des crimes, les lieux et les circonstances dans les-

[6] Cfr. G. Tarde, *Positivisme et pénalité* (*Archives de l'anthropologie criminelle,* 1887, t. II, p. 32).

quels ils sont commis, le sexe, l'âge, le degré d'instruction du criminel peuvent, presque toujours, être relevés et catalogués. Groupez ces faits; rapprochez-les d'autres faits, tels que les bonnes ou mauvaises récoltes, le nombre des naissances ou des décès, la consommation de l'alcool, le nombre des faillites, la température, etc., et vous aurez des éléments nombreux et précis qui pourront servir à caractériser, à un moment donné, l'état de la criminalité, envisagée sous ses rapports territoriaux, individuels, politiques, industriels, intellectuels, religieux et économiques [7].

[7] Ces observations sont rendues faciles en France, au point de vue criminel, par « l'admirable statistique » qui, depuis 1825, est dressée, chaque année, à la chancellerie, sous le titre de « *Comptes généraux de l'administration de la justice criminelle* ». Ce titre même indique quelle était, en 1826, l'idée restreinte qui présidait à cette publication. On voulait simplement connaître, d'une part, les effets des lois pénales, et, d'autre part, la manière dont se distribuaient, sur le territoire, les infractions à ces lois. La statistique était une œuvre surtout utilisée et utilisable pour régler le fonctionnement de l'organisme judiciaire. Par l'effet de perfectionnements successifs, d'œuvre d'administration judiciaire la statistique est devenue une œuvre de statistique morale. Rien ne semble donc plus facile que de faire un examen de conscience documentaire et de dire, sans illusion comme sans faiblesse, quel a été, depuis trois quarts de siècle, et année par année, l'étiage, en France, de la moralité légale. Et, cependant, c'est surtout au point de vue statistique qu'il est vrai de dire : « Rien n'est plus menteur qu'un chiffre ». D'une part, l'origine des documents statistiques n'est peut-être pas suffisamment contrôlée dans les greffes et parquets; et, d'autre part, l'interprétation même des chiffres de la statistique ressemble, suivant les expressions d'Holtzendorf, « à la lecture de ces langues sémitiques dans lesquelles il faut suppléer les voyelles ». C'est ainsi que sur la question principale : la criminalité a-t-elle augmenté en France depuis 1826? on trouverait des réponses contradictoires. Quoi qu'il en soit de ces réflexions, en dehors des comptes annuels, il a paru, en France, trois rapports d'ensemble : l'un, en 1852, et embrassant une période de vingt-cinq années, de 1826 à 1850; l'autre, publié en 1862, et comprenant une période de dix ans, de 1851 à 1861; le dernier, enfin, en 1880, qui n'est pas une simple continuation de ses deux aînés, mais qui embrasse toute la période de la statistique criminelle officielle, de 1826 à 1880. Comp. Paul Robiquet, *La criminalité en France de 1826 à 1880* (*L'Économiste français*, 1882, t. II, p. 703); G. Tarde, *La statistique criminelle du dernier demi-siècle* (*Rev. philos. de la France*, 1883). — En Allemagne, par décision du 5 décembre 1881, le Con-

7. De ces recherches, est née la *sociologie criminelle,* dont les trois objets distincts sont :

1° L'étude du monde de la criminalité dans son état actuel, aussi bien que dans son histoire;

2° La recherche des causes qui produisent le crime;

3° L'indication et l'organisation des moyens de le combattre [8].

Tel est le vaste programme de la nouvelle science. Doit-elle absorber le droit pénal? Doit-elle prendre place à côté de lui? Il y a, sur ce point, un antagonisme profond entre deux écoles opposées. La première, qui représente plus particulièrement l'esprit classique, rejette, *à priori,* comme de vaines illusions, toutes les conclusions de la sociologie criminelle. La seconde,

seil fédéral a institué une statistique criminelle de l'Empire (*Reichskriminalstatistik*). Voici sur quelles bases elle est établie. Tout jugement, toute ordonnance pénale, prononcés pour crime ou délit contre les lois de l'Empire, sont inscrits, dès que la sentence a acquis force de chose jugée, sur une carte de statistique (*Zæhlkarte*). Ces cartes sont réunies par les soins du ministère public près le tribunal régional (*Landgericht*), classées et envoyées par ce même fonctionnaire, tous les trimestres, à Berlin, au bureau impérial de la statistique, où s'opère la concentration de ces documents. Chaque carte contient les mentions suivantes. — Sur le recto : 1° les nom et prénoms de l'accusé; 2° la date de sa naissance (jour, mois et an); 3° sa résidence; 4° son lieu d'origine, s'il est étranger; 5° sa religion; 6° son état civil (marié, célibataire, etc.); 7° sa situation, sa profession, etc. — Sur le verso : 8° la nature, le lieu et l'époque de l'infraction; 9° le verdict prononcé : condamnation, arrêt de la procédure, acquittement, nature et durée de la peine prononcée ; 10° les condamnations antérieures. — Cfr. von Liszt, *De la répartition géographique des crimes et des délits dans l'Empire allemand* (*Archives de l'anthropologie criminelle,* 1886, t. 1, p. 98 à 119). — La plupart des pays étrangers publient également des documents officiels sur la marche de la criminalité. La statistique criminelle italienne n'est établie, d'une manière régulière, que depuis 1871-1872. Voy. Bournet, *De la criminalité,* p. 11.

[8] Liszt (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*) définit la sociologie criminelle : « L'ensemble systématique des règles d'après lesquelles la lutte de l'ordre juridique sera ou devra être entreprise contre le crime par la peine et au moyen des institutions complémentaires qui s'y rattachent, règles fondées sur la recherche scientifique des crimes et délits dans ses manifestations et dans ses causes et de la peine dans ses applications et ses effets ».

qui représente l'esprit nouveau (*scuola nuova*), regarde comme des utopies les vieilles conceptions du droit pénal[9]. Les senti-

[9] C'est en Italie, sous l'inspiration de trois savants distingués, MM. Lombroso, Garofalo et Ferri, qu'a surgi cette école néo-darwinienne qui n'aspire à rien moins qu'à transformer le droit pénal d'après les principes physiologiques et d'après l'anthropologie criminelle. Les ouvrages qui ont été publiés à ce sujet sont innombrables. Les deux plus importants sont : l'*Uomo delinquente* de Lombroso (Turin, Loescher, 4e éd., 1886); les *Nuovi orizzonti di dirrito e procedura penale* de Ferri (2e éd., 1886, Bologne). L'ouvrage a été traduit en français et refondu par l'auteur même, sous ce titre : *La Sociologie criminelle*, Paris, 1893. Depuis 1880, une revue trimestrielle, dirigée par les trois savants que je viens de nommer, a été créée pour servir à l'étude de l'*Uomo alienato e delinquente*, sous le titre : *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale* (Turin, Loescher, éd.). De son côté, Ferri publie à Rome, depuis 1890, une revue plus spécialement consacrée à l'étude des problèmes sociologiques, sous le titre : *Scuola positiva nella giurisprudenza penale*. L'ouvrage de Lombroso a été traduit en français, sur la 4e éd. italienne, par MM. Régnier et Bournet, sous ce titre : *L'homme criminel* (Paris, Germer-Baillère, 1887). Cette traduction est précédée d'une préface importante du Dr Ch. Letourneau. Notre regretté collègue, M. Albert Desjardins, a fait, de cet ouvrage, une analyse pleine d'intérêt, sous ce titre : *La méthode expérimentale appliquée au droit criminel en Italie* (*Bull. Soc. gén. des prisons*, 1886, p. 1043 à 1065; *id.*, 1887, p. 50 à 63). — On trouvera une bibliographie complète des ouvrages parus dans les différents pays sur ce sujet en *Appendice* à la *Sociologie criminelle* de Ferri (éd. française). L'excellente revue allemande, fondée, en 1880, par MM. Dochow et von Liszt, sous le titre *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Berlin et Leipzig, Guttentag, éd.), consacre une large place à l'étude des questions de sociologie criminelle. Enfin, cette branche des sciences sociales a un organe en France, depuis 1886, dans une revue qui paraît sous le titre : *Archives de l'anthropologie criminelle* (Lyon, Paris, Bruxelles) et qui a été fondée par MM. Lacassagne, Garraud, Coutagne. Depuis 1893, cette revue, dirigée par MM. Lacassagne, pour la partie scientifique, et Tarde, pour la partie juridique, a comme sous-titre, *Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique*. La France, du reste, a été, dans cet ordre d'idées, un précurseur au point de vue des sources que l'école italienne a mises en œuvre. On a pu dire, avec raison, que « l'anthropologie, fille de Broca, la statistique, fille de Quetelet », étaient deux méthodes essentiellement françaises. — Un premier congrès d'anthropologie criminelle a été tenu à Rome en 1885. On en trouvera le compte-rendu dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886, t. I, p. 86, 167, 279. Voy. *Actes du premier congrès d'anthropologie criminelle* (*Biologie et sociologie criminelle*), Rome-Turin,

ments conservateurs des partisans de la première, l'esprit révolutionnaire des partisans de la seconde les égarent également.

La sociologie criminelle et le droit pénal ont, sans doute, un objet d'étude identique : le crime et le criminel. Mais le point de vue auquel ils se placent, l'angle sous lequel ils le considèrent sont et doivent rester différents.

8. On sait que la loi pénale est édictée et mise en vigueur d'après cette supposition que tout homme, arrivé à un certain âge, est capable de la connaître et est responsable s'il la viole. Le législateur ne s'inquiète pas des *individus :* il punit « quiconque » ou « tout particulier » ou « tout fonctionnaire public », et présume, pour le discernement du bien et du mal, un type uniforme et moyen d'intelligence, pour la résistance aux impulsions coupables, un type uniforme et moyen de volonté. La science du droit pénal est bien forcée d'accepter cette hypothèse comme une vérité, de s'occuper du délit à un point de vue abstrait, comme si tout délinquant était également doué d'intelligence et de moralité et possédait cette moyenne de sentiments qui paraît être le patrimoine commun de l'humanité.

Mais, en fait, les criminels sont loin de se ressembler. Et lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi, ce n'est pas *un voleur, un assassin, un incendiaire,* mais *tel voleur, tel assassin, tel incendiaire* qu'il faut punir. De là une première nécessité, qui s'impose aux législations de l'avenir : *individualiser* de plus en plus la peine et, pour cela, laisser au juge un pouvoir presque illimité dans l'application de la loi. Les précédents héréditaires et personnels de l'individu, l'éducation reçue, les conditions physiologiques, intellectuelles, économiques, le milieu physique et social où il vit : tout cela, qui est cependant inséparable de

Bocca, éd. Le second a été tenu à Paris, en 1889, et ses actes ont été publiés à Lyon (Storck, éd.) sous ce titre : *Actes du deuxième Congrès d'anthropologie criminelle.* Le troisième, à Bruxelles, en 1892. Le quatrième, à Genève, en 1896. Voy. le compte-rendu de ce dernier congrès par Ferri, *Revue scientifique,* 1896, p. 343. La physionomie de ces congrès a été bien différente (Voy. A. Rivière, *Le Congrès anthropologique de Genève, Revue de droit public et de la science politique,* 1896, n° 5).

individuelle, n'entre pas dans les dispositions de
ans les raisonnements du juriste, tandis qu'il
qui doit s'en préoccuper dans l'application de
il faut aujourd'hui combiner le régime de la
avec celui de l'*arbitraire des peines*, et établir
assez souple pour se prêter à toutes les me-
ers la condition individuelle du délinquant.
nséquence de ce point de vue nouveau, c'est
ver la défense des honnêtes gens contre les
enir compte d'une distinction essentielle entre
rimaires et les récidivistes, car il y a là deux
ctrents de la criminalité. Ceci nous amène à
essentielle sur la fonction sociale de la répres-

que l'on puisse remonter dans l'histoire des
le apparaît, adaptée, dans son organisation et
rganisation et aux formes des sociétés elles-
ment et toujours, elle se présente comme une
[illegible] réaction.
[illegible] Elle appa-
[illegible] rapports des hommes entre
[illegible] premiers
[illegible] et tue à mort un
[illegible] le fare pour un faure
[illegible] pour la *vie*
[illegible] leur propre
[illegible]

[illegible] temps primitifs, la pénalité est l'expres-

pénalité? sinon de mettre le criminel dans l'impossibilité de recommencer, en lui enlevant les moyens de nuire. Ce n'est pas le *malum passionis propter malum actionis,* le mal pour le mal, c'est le mal pour désarmer et rendre impuissant le criminel. La *souffrance,* qui est au fond de toute peine, consiste, en effet, suivant les époques, dans la mort, le bannissement, la séquestration du criminel, la confiscation de ses armes; elle n'est pas le but de la répression; mais, par la nature même des choses, elle s'associe toujours au but véritable que la société a en vue, c'est-à-dire à la *sélection artificielle,* à l'élimination, par voie de justice, des éléments dangereux pour l'ordre public, individus et choses.

D'un autre côté, la menace même d'un mal, comme conséquence directe du délit, est de nature à donner au criminel les motifs qui lui manquent, ou à augmenter les motifs qui le portent déjà à s'abstenir de l'action coupable. Par ce caractère, la pénalité sert de moyen d'*adaptation artificielle* du criminel au milieu collectif. Un Code pénal est un Code de moralité sociale : il doit exprimer nettement ce qu'il faut faire et ce dont il faut s'abstenir pour rester un honnête homme au point de vue social. Et la peine est la contrainte qui engage à respecter ces conditions essentielles de la vie en commun. Ce rôle de la pénalité est encore accentué, dans le droit moderne, par la recherche de procédés de répression, propres à amender le criminel, pendant la durée du châtiment, et à le reclasser, après la libération.

Nos ancêtres ne comprenaient la pénalité que comme instrument d'*élimination :* ils envoyaient le criminel au bourreau, ils le condamnaient à l'exil, ou le jetaient dans des prisons, repaires de toutes les souillures et de toutes les hontes, convaincus d'avoir fait tout leur devoir en épargnant sa vie. Nous sommes aujourd'hui plus humains. Non seulement, la répulsion instinctive qu'éprouvent les peuples civilisés pour la peine de mort, fait de la prison la clef de voûte de l'édifice répressif; mais, dans la prison même, nous voulons arriver, sans violences ni rigueurs, par le seul ascendant moral, à l'amendement du coupable. C'est à la fonction d'*adaptation* de la pénalité que se rattachent toutes nos préférences.

[illegible] sentiment populaire et instinctif s'efforce de réaliser, [illegible] le courant des idées et les besoins du moment, l'un [illegible] de ces deux modes rationnels de réaction sociale [illegible] la criminalité.

Mais l'avenir scientifique du droit pénal est dans leur combinaison, dans l'application, simultanée et distributive, de la loi d'adaptation et de la loi d'élimination, non plus seulement aux différents genres de crimes, mais aux différents *types de criminels*. Des études expérimentales récentes ont, en effet, mis en relief la distinction capitale, soupçonnée mais inutilisée par nos pères, des deux formes de la criminalité : la *criminalité contingente* et la *criminalité permanente*, la *maladie individuelle* et la *maladie sociale*.

Jetons, en effet, un coup d'œil, même superficiel, sur les classes criminelles : qu'y voyons-nous? D'abord des *délinquants d'occasion*, dont la vie est régulière, dont les instincts sont droits, la force de résistance normale : une passion soudaine, un emportement irréfléchi, un affaissement passager de volonté les entraîne; mais, l'accès passé, la vie régulière reprend son cours. Vis-à-vis d'eux, la pénalité doit conserver sa force d'intimidation et d'adaptation, la prison peut devenir une école de réforme. Pour eux, le programme, tracé par la science pénitentiaire, dans sa belle devise : *Parum est coercere improbos pœna, nisi probos efficias disciplina*, n'est certainement pas une illusion.

Mais, à côté d'eux, il y a les endurcis, les incorrigibles, les délinquants d'habitude. C'est la véritable armée du crime, la corporation des réfractaires, dont la profession est d'attenter à la sûreté et à la propriété publiques. Ceux-là appartiennent aux

salles resplendissantes et des appartements dorés? Et sont-ils restés seuls, sans foyer, sans famille et sans Dieu, victimes et révoltés tour à tour? Mais, quelle que soit la cause de leur criminalité, elle est devenue *irréductible*. L'habitude et le goût de mal faire constituent désormais leur nature : et ils recommenceront toujours, si on ne les met pas dans l'impossibilité de nuire. Voilà donc les ennemis de la société régulière, qui vivent d'elle et sur elle comme des parasites, et qui tendent toujours à former avec ceux qui leur ressemblent des concentrations dangereuses! Voilà ceux que nul châtiment n'intimide et que nulle prison ne réforme! Voilà ceux que la pénalité, retrouvant sa fonction directe et primitive, doit éliminer, sans pitié, d'un milieu social où il leur est désormais impossible de vivre!

Mais qu'est-ce qui distingue, qu'est-ce qui désigne les irréconciliables, dans la masse des criminels? Qu'est-ce qui mesure le degré de sociabilité qui leur reste?

Existe-t-il un critère *anthropologique?* N'existe-t-il qu'un critère *sociologique* de la criminalité inguérissable?

La réponse à cette question suppose l'examen et la recherche des facteurs de la criminalité.

10. Le second objet de la sociologie criminelle consiste, en effet, à rechercher les facteurs du crime, recherche difficile, car les phénomènes sociaux sont l'effet de causes multiples et complexes, qu'il est presque toujours impossible de dégager et surtout de doser. Le crime est l'œuvre d'un individu placé dans certaines conditions physiques et sociales. De là, une classification nécessaire des facteurs du crime en trois groupes : les *facteurs physiques* ou *naturels,* les *facteurs sociaux,* les *facteurs anthropologiques* ou *individuels.*

Les premiers constituent le *milieu physique* du crime : Sur quel sol a-t-il été commis? Dans quel climat? Par quelle température? Ce milieu est loin d'être indifférent à la production et au développement de la criminalité. La statistique démontre son influence, restreinte, il est vrai, mais, cependant, effective. On sait, par exemple, que les crimes ont, en quelque sorte, leur calendrier : il en est, comme les crimes de sang, qui sont plus fréquents en été; d'autres, comme les vols, qui se produi-

sent plus souvent en hiver. Les climats ont aussi leurs crimes spéciaux, comme ils ont leurs maladies spéciales.

La seconde catégorie de facteurs constitue le *milieu social* du crime; il se compose d'éléments multiples, tels que la population, l'émigration, l'opinion publique, la production agricole ou industrielle, l'organisation économique et politique, etc. A ce point de vue, il y a des milieux sociaux favorables à la santé morale; d'autres, où la criminalité se développe comme la moisissure sur le fumier.

Les facteurs anthropologiques ou individuels, tels que le sexe, l'âge, l'hérédité, le tempérament, l'organisme, se divisent en facteurs *héréditaires, acquis* et *occasionnels*. A cette classification abstraite, correspondrait, d'après certains, une division des criminels, en *délinquants nés criminels,* en *délinquants d'habitude* et *délinquants d'occasion;* et, comme il faut toujours distinguer l'habitude faite de l'habitude en voie de formation, les criminels d'habitude se subdiviseraient, eux-mêmes, en criminels *corrigibles* et criminels *incorrigibles*.

Le crime est-il exclusivement la résultante de l'action simultanée de ces trois ordres de facteurs naturels? Quelle est, sur le développement de la criminalité, leur influence respective? Ces questions ont déjà fait naître bien des théories. Trois écoles se trouvent en présence : *a*) L'école *anthropologique* donne la prédominance au facteur biologique, en soutenant qu'il existe un « penchant au crime », conditionné par certaines tares organiques; *b*) L'école *sociologique* soutient que le crime est un produit social, déterminé par les conditions du milieu dans lesquelles vit et a vécu le délinquant, de sorte que les sociétés ont les criminels qu'elles méritent, parce que ce sont elles qui les créent; *c*) L'école *historique* fait de la prédominance de l'un de ces facteurs sur les autres une question de temps et de civilisation. Plus la criminalité d'une nation appartient au « stade moderne », plus les causes sociales y prédominent sur le climat, la race, la constitution, l'organisme.

D'après ces trois écoles, la liberté humaine ne jouerait aucun rôle dans la production des faits criminels : le déterminisme naturel et humain, — conclusion fondamentale de toutes les

sciences : physiques, biologiques et sociales, — conditionnerait le crime comme la vertu.

Nous avons déjà effleuré cette question du déterminisme : nous avons dit quelle part il fallait faire à la nécessité et à la liberté. Nous allons seulement nous expliquer sur l'influence des causes de la criminalité.

11. Le classement des facteurs du crime conduit à poser, en effet, deux questions : 1° Existe-t-il des moyens de prévenir ou de combattre le développement de la criminalité; 2° Et, s'il en existe, quels sont-ils? — C'est le côté *prophylaxique* et *thérapeutique* de la sociologie criminelle.

I. Au premier point de vue, il faut se garder d'une double illusion.

« La sociologie criminelle, a-t-on dit[10], ne répond qu'à une nécessité transitoire : en réalisant le diagnostic et la genèse naturelle et sociale du crime, elle en indique nécessairement les vrais remèdes, bien plus efficaces que les peines, de sorte qu'elle se creuse son tombeau à elle-même. Dans l'avenir social, le crime ne sera qu'un fait de pathologie exceptionnelle, et la science et la justice sociale auront bien peu à s'en occuper, donnant, dès lors, leur attention et leurs soins, bien plus féconds et utiles, aux honnêtes gens qui restent tels malgré leur misère et leur souffrance ». C'est un des côtés de l'illusion socialiste, laquelle, dépouillée de ses formules sonores, se ramène à l'affirmation d'un accord social, résultant de la collaboration spontanée des énergies libres.

En sens absolument contraire, on a vu, dans la criminalité, un phénomène normal et non une maladie sociale, étroitement liée aux conditions mêmes de toute vie collective, de sorte que la criminalité serait non seulement un phénomène inévitable, mais un facteur de la santé publique, une partie intégrante de toute société saine. « Le crime ne saurait être conçu comme un mal qui ne saurait être contenu dans de trop étroites limites; mais bien loin qu'il y ait lieu de se féliciter quand il

[10] Ferri, dans son cours de sociologie criminelle à la nouvelle Université de Bruxelles (1895-96).

première édition de l'*Uomo delinquento* en 1876 auraient constitué le point de départ d'une nouvelle science et les conclusions des études précédentes.

Les caractères organiques des *criminels-nés* auraient été recherchés et trouvés : 1° dans le *crâne*. Si l'on constate chez un individu un front fuyant, une face prognathe, des mandibules exagérées, ou s'il présente des traces d'asymétrie faciale, le diagnostic est alors complet; 2° dans le poids et les circonvolutions du *cerveau ;* 3° dans la *taille,* le *poids* du corps, la *longueur des bras,* les *oreilles en anse;* 4° dans la *physionomie,* etc. [12].

Au point de vue psychique, on trouve, chez le criminel, des anomalies différentes suivant qu'il appartient à l'un de ces trois types : le *criminel monstrueux* ou *criminel-né,* le *criminel-fou* et le *criminel passionné* [13]. *a*) La psychologie du criminel-né comprend deux caractères fondamentaux, l'*insensibilité morale et physique* et l'*imprévoyance,* dont les manifestations peuvent être suivies, au moment du crime, pendant le procès et après la condamnation. Sa constitution psychique fondamentale est l'impulsivité épileptiforme. *b*) Deux types chez le criminel-fou sont facilement reconnaissables : l'un se caractérise par l'invasion lente de l'idée criminelle; l'autre, par l'impulsion criminelle in-

[12] Sur le signalement anthropologique du criminel, il faut lire surtout l'*Uomo delinquente* de Lombroso.

[13] Le criminel serait donc un psychopathe. Le mot, en vérité, demande une explication. Voici celle du professeur russe Babinski : « Le psychopathe est un type de malade tout récemment reconnu par la science médicale. C'est un individu dont toutes les facultés mentales paraissent en équilibre normal. Il pense avec logique; il peut distinguer le bien du mal et raisonner ses actions. Mais il est dépourvu de toutes notions morales. Il ne pense qu'à lui et ne s'inquiète pas des autres qui ne lui semblent être que des instruments utiles pour atteindre le but qu'il poursuit. En dehors de son moi, il n'y a rien de sacré pour le psychopathe. Pour satisfaire sa passion, aucun obstacle ne l'arrêtera, aucune considération de personnes. C'est un égoïste, prêt à tout sacrifier à sa fantaisie et que rien n'intéresse de ce qui ne le touche pas personnellement. Il ne voit que la minute présente, et, pour satisfaire son caprice, il est prêt à aller jusqu'au crime. Le psychopathe est inguérissable. Il ne faut pas l'enfermer dans une maison d'aliénés; c'est inutile et cela ne peut qu'aggraver son mal. On ne doit pas le punir, car c'est un malade irresponsable ».

mot, par toute amélioration matérielle ou morale dans les rapports sociaux, agir sur le mouvement de la criminalité. Ce combat indirect contre le crime est du domaine de la *politique économique et sociale*. Le droit pénal n'y participe que par le régime de la peine. Mais l'action des institutions préventives, civiles, économiques et politiques, est supérieure à celle des institutions répressives, et Ferri a indiqué la voie dans laquelle il faut aiguiller la sociologie criminelle, celle des *sostitutivi penali* (substituts de la peine), c'est-à-dire des procédés qui rendent inutile la répression en prévenant la criminalité. Quant aux *facteurs individuels*, c'est sur eux que doit agir le droit pénal, c'est à ce point de vue surtout qu'il prend contact avec la sociologie criminelle.

12. De ces trois facteurs, ce sont, du reste, les facteurs anthropologiques et sociaux qui sont les plus importants. Or, suivant la nature de leur esprit, suivant la direction de leurs études, les uns devaient s'attacher de préférence aux facteurs anthropologiques, les autres, aux facteurs sociaux comme causes de la criminalité. C'est ainsi qu'au sein même de l'école positive, se sont formées deux écoles distinctes, l'*école anthropologique* et l'*école sociologique*.

13. Pour la première, le criminel est un anormal, un type spécial : il diffère des autres hommes, soit au point de vue *anthropologique*, soit au point de vue *psychique*. Et, après avoir déterminé les prétendus caractères du « type criminel », l'école anthropologique les explique par diverses hypothèses. Son œuvre, à ce point de vue est double : la recherche des caractères du criminel ; l'explication de ces caractères.

I. On a essayé d'abord de faire l'histoire naturelle de l'homme criminel, c'est-à-dire de tracer ses caractères physiques. Les matériaux, rassemblés dans ce but, appartiennent à deux groupes : *a*) Celui des *précurseurs*, dont on trouve la documentation dans la phrénologie de Gall, la physiognomonie de Lavater, avec leurs exagérations autour d'un noyau positif de vérité, dans l'ouvrage de Lauvergne sur les forçats, de Camper, sur la physionomie des assassins, etc. *b*) Le groupe des *fondateurs* : les études de Lombroso sur les criminels depuis 1872 et la

b) Puis, abandonnant l'explication atavique, on a cru trouver dans l'épilepsie la base pathologique de toute prédisposition au crime. Le délinquant serait donc un malade, dont on rechercherait le diagnostic par les procédés cliniques ordinaires, avec cette difficulté que l'acte criminel serait le plus souvent la seule manifestation d'une épilepsie larvée.

c) Une troisième explication a été essayée. On sait l'extension considérable que l'école italienne donne à la « folie morale », dont les cas seraient si restreints d'après d'autres écoles. En considérant la *folie morale* comme une véritable forme de maladie mentale et non comme un symptôme commun à différents états morbides, particulièrement à la débilité mentale, et qui serait plus particulièrement saillant chez certains malades, on a été conduit à faire rentrer les criminels dans la catégorie des fous moraux, des psychopathes.

d) Enfin, on a rattaché la criminalité à la dégénérescence, en soutenant que la moitié au moins des criminels étaient des dégénérés. Tout tempérament physiologique (sanguin, nerveux,

semble venir de très loin. Il nous rapporte une image épouvantable de l'humanité des bois et des cavernes. La genèse des races primitives revit en lui. Il garde des instincts qu'on croyait perdus; il a des ruses que notre sagesse ignore. Il est poussé par des appétits qui sommeillent en nous autres. Il est encore une bête et déjà un homme ». Anatole France, *Le Jardin d'Epicure*, p. 141. Lacassagne, au Congrès d'anthropologie criminelle de Rome (*Actes*..., p. 166), disait, à propos de cette hypothèse : « Ce sont là des suppositions, des théories ingénieuses, je le veux bien, mais après tout des hypothèses sur lesquelles il est impossible d'édifier un ensemble systématique. J'ajoute que cette théorie est dangereuse au point de vue pratique : on lance dans la circulation ou dans le langage juridique ce gros mot d'atavisme dont certainement on abusera, parce qu'on n'en comprendra pas la valeur. Qu'on remarque encore le côté mystique de cette hypothèse : l'atavisme devient une sorte de tare indélébile, de péché originel que nous déplorons, que Lombroso et ses adeptes constatent, mais contre lequel il n'y a rien à faire. Les savants peuvent prendre des mensurations, relever des angles ou des indices, mais les législateurs, les hommes d'État n'ont qu'à se croiser les bras, ou à faire construire des prisons, des asiles, pour recueillir ces malheureux. Cette implacable influence ancestrale est là : on ne saurait s'y soustraire, et il faut s'attendre à l'invasion soudaine de ces revenants, les types sauvages, ceux de Cro-Magon ou de l'époque de la pierre polie ».

stantanée. *c*) Quant au criminel passionné, il se rapproche du criminel-fou à forme impulsive : il agit sous l'empire de mobiles en disproportion avec le crime et qui ne peuvent rationnellement l'expliquer.

II. Après avoir fait du délinquant un type anthropologique, l'école italienne a donné diverses explications successives, et assez inconciliables, de l'origine de la criminalité : l'*atavisme*, l'*épilepsie*, le *folie morale*, la *dégénérescence*.

a) Analysant les anomalies symptomatiques qu'ils prétendent rencontrer dans l'organisation anthropologique et psychique du délinquant, les naturalistes de l'école Lombrosienne ont cru, d'abord, que l'apparition de ces signes de criminalité étaient un fait d'*atavisme*, c'est-à-dire la résurrection accidentelle de types jadis habituels à nos aïeux, aïeux barbares, aïeux sauvages, aïeux d'origine animale [14]. De même, en effet, que l'anatomiste retrouve, dans le corps humain, des traces d'organes inutiles ou nuisibles, de même les anthropologistes retrouveraient, dans le corps social, l'instinct primitif, perpétué en quelques représentants de la sauvagerie passée. Autrefois, dans la barbarie primitive, il y avait équation entre les besoins et les penchants de ces hommes ; ils n'étaient en rapport qu'avec des êtres semblables à eux. Mais, aujourd'hui, tristes épaves d'un passé disparu, ils rappelleraient, au milieu de l'ordre et de la légalité modernes, les passions et les violences des âges lointains. Le criminel ce serait le « gorille lubrique et féroce » dont parle, quelque part, Pascal [15].

[14] Les Anglais appellent *réversion*, les Allemands *rückslag*, ce retour vers d'anciens types de la même famille. C'est le champ de l'influence héréditaire sans limites.

[15] L'hypothèse de l'atavisme (dont la première idée serait due à un romancier, Eugène Sue) est celle qui a le plus frappé l'opinion publique. Elle se prête, en effet, plus que toute autre, aux développements oratoires et littéraires. « *C'est beau un beau crime*, s'écria un jour J.-J. Weiss dans un grand journal. Le mot fit scandale parmi les lecteurs ordinaires... Les crimes célèbres ont, sur chacun de nous, un attrait irrésistible... L'esprit s'étonne, parce que le crime est de soi-même étrange, mystérieux et monstrueux; il s'intéresse, parce qu'il retrouve dans tous les crimes ce vieux fonds de faim et d'amour sur lequel, bons ou mauvais, nous vivons tous. Le criminel

critère anthropologique de l'anomalie congénitale, au critère juridique de la responsabilité morale, pour remplacer les notions de culpabilité et de répression, par celles de nocuité, de danger social, de droit de défense et de préservation, encore faudrait-il que les caractères distinctifs du type criminel, anthropologique ou psychique, fussent déterminés avec quelque certitude, et se retrouvassent, avec une certaine régularité, au moins chez les criminels de profession ou d'habitude. En est-il ainsi dans la réalité des faits? Les enthousiasmes et les exagérations de la première heure sont aujourd'hui bien tombés. C'est qu'en effet, plus on cherche à préciser le signalement anatomique, physiologique, psychique du criminel, plus il échappe! C'est qu'après avoir remué bien des faits, mensuré bien des crânes, pesé bien des cerveaux, l'école anthropologique est obligée de reconnaître qu'aucun caractère physique ou psychique, distinguant les criminels des non criminels, n'a pu être constaté jusqu'ici. D'une part, en effet, aucune déviation d'ordre anatomique ou physiologique du type normal ne se retrouve chez les criminels qui n'ait été trouvé chez les honnêtes gens[16]. D'autre part, au point de vue psychique, on constate que les criminels ne présentent qu'un nombre fort restreint de caractères spécifiques et l'on ne relève, entre eux et les honnêtes gens, que des différences quantitatives, sans grande importance[17].

[16] Voir à ce sujet et en général pour la psychologie criminelle : Baer, *Der Verbrecher*, Leipzig, 1893; Kurella, *Natürgeschichte des Verbrechers*, Stuttgart, 1893; Näcke, *Verbrechen und Wahnsinn beim Weibe, mit Ausblick auf die criminal Anthropologie überhaus*, Wien und Leipzig, 1894; Näcke, *Considérations générales sur la psychiatrie criminelle* (Comptes rendus du 4me Congrès d'Anthropologie criminelle, Genève, 1896); H. Ellis, *The Criminal*, London, 1890; Marro, *I Caratteri dei deliquenti*, Torino, 1887 (ouvrage des plus remarquables); *id.*, *I Carcerati*, Torino, 1885; Dallemagne, *Anthropologie criminelle*. Trois volumes : 1. *Les stigmates anatomiques de la criminalité*; 2. *Les stigmates biologiques et sociologiques de la criminalité*; 3. *Les théories de la criminalité*. En outre, on trouvera beaucoup de renseignements intéressants dans un travail de Flechsig : *Die Grenzen geistiger Gesundheit und Krankheit*, Leipzig, 1896.

[17] Au Congrès d'anthropologie criminelle de Paris, en 1889, les spécialis-

bilieux) peut être la base d'un tempérament criminel. Mais c'est un état de dégénérescence de l'organisme et surtout du système nerveux qui constitue surtout la base du tempérament criminel, de sorte que la *dégénérescence* serait un facteur de la *criminalité* qui permettrait de relier ces deux phénomènes l'un à l'autre par une relation de cause à effet.

Certes, la répression s'imposerait, même avec cette conception nouvelle de la criminalité. L'anthropologiste le plus convaincu ne se laissera pas dévorer par une bête féroce, sous prétexte qu'elle obéit à un instinct fatal; il ne restera pas désarmé, vis-à-vis du meurtrier, celui-ci fût-il un fou moral, un dégénéré, fût-il un type de régression atavique, humaine ou préhumaine, fût-il un « exemplaire heureusement devenu rare » de nos premiers ancêtres? S'il existe, en effet, une classe d'individus que l'instinct naturel pousse à la lutte contre l'idéal de la majorité et contre ceux qui ont défini cet idéal dans les lois, la majorité est également poussée par l'instinct naturel de sa conservation à se *défendre* contre ces attardés, ces fous ou ces dégénérés. Le Code pénal est l'expression de cette lutte. Autrement dit, toute action individuelle, qui est nécessairement déterminée, déterminera aussi nécessairement, de la part du groupe social, une réaction défensive et préservatrice. Mais quelle révolution dans la forme de réaction sociale! Plus de responsabilité morale, plus de culpabilité, plus de proportionnalité entre la peine et le délit, comme fondement et mesure de la répression! Il ne sera plus question que de défense sociale, exercée, sans haine, sans mépris, comme sans pitié, et de la possibilité ou de l'impossibilité d'adaptation du délinquant à la vie sociale. La société politique ne demandera pas seulement à la pénalité une *fonction juridique* pour la conservation et la sécurité *actuelles* de l'organisation sociale; elle lui assignera une fonction *biologique* pour le progrès futur de la race humaine. Tout jugement supposera une expertise anatomique, physiologique et psychique, dont les magistrats et les juristes seraient exclus pour cause d'incompétence. Aux médecins, le prétoire! A eux seuls désormais, l'administration et le culte de cette justice scientifique!

Pour se résoudre à ces réformes radicales, pour substituer le

– les criminels de profession ou d'habitude.
la réalité des faits? Les enthousiasmes et l
: la première heure sont aujourd'hui bien
:n effet, plus on cherche à préciser le sig
ıe, physiologique, psychique du criminel
C'est qu'après avoir remué bien des faits,
crânes, pesé bien des cerveaux, l'école an
obligée de reconnaître qu'aucun caractère
ıue, distinguant les criminels des non crimine
até jusqu'ici. D'une part, en effet, aucune
natomique ou physiologique du type norm
chez les criminels qui n'ait été trouvé
gens[16]. D'autre part, au point de vue psych
ue les criminels ne présentent qu'un nombre
caractères spécifiques et l'on ne relève, entr
es gens, que des différences quantitatives, san
e[17].

ce sujet et en général pour la psychologie criminell
her, Leipzig, 1893; KURELLA, *Natürgeschichte des Ve*
893; NÄCKE, *Verbrechen und Wahnsinn beim Weibe*,
e criminal Anthropologie überhaus, Wien und Leipz
idérations générales sur la psychiatrie criminelle (Com
Congrès d'Anthropologie criminelle, Genève, 1896 ; l
al, London, 1890; MARRO, *I Caratteri dei delinquenti*
ge des plus remarquables [illegible]

14. L'influence du *milieu social* sur le développement de la criminalité est incontestable, mais il ne faut pas l'exagérer. Pour Lacassagne, par exemple, le milieu social « est comme le bouillon de culture de la criminalité; le microbe, c'est le criminel, un élément qui n'a d'importance que le jour où il trouve le bouillon qui le fait fermenter ». C'est donner au facteur sociologique, non seulement le pas sur le facteur biologique, mais c'est admettre le premier à l'exclusion du second. On a pu répondre que si le facteur social était unique et si puissant, il serait impossible d'expliquer, par exemple, pourquoi il reste des honnêtes gens dans la même famille, parmi des frères, nés et élevés dans les mêmes conditions, par les mêmes parents, au milieu des mêmes influences. Le facteur ne crée pas le criminel, il peut aider à le faire éclore, mais l'homme n'est pas moins en état de lutter contre les mauvaises influences du milieu social que contre le climat dont il ne subit qu'autant qu'il y consent les effets déprimants. Le criminel est « une personnalité complexe, à la fois biologique, psychologique et

les mêmes qui firent preuve de plus de bienveillance pour l'école Lombrosienne s'appliquèrent à signaler les trois points suivants : 1° l'on n'a pas de données suffisantes pour déterminer les prétendus caractères typiques des criminels; 2° s'il est possible de trouver, parmi les criminels, un grand nombre d'individus anormaux ou malades, cette circonstance se coordonne naturellement à l'irrégularité de leur conduite et ne peut servir à constituer de véritables variétés anthropologiques, dans le sens propre de ce mot, car, dans la plupart des cas, il ne s'agit que de cas pathologiques qui ne rentrent pas dans le domaine de la criminalité; 3° dans le phénomène de la délinquence, le facteur exclusif, ou, tout au moins, le facteur principal, est le facteur social. — Manouvrier a fait, au Congrès (*Actes*, p. 156), une observation qui me paraît, du reste, résumer très exactement le point de départ de la théorie anthropologique et l'inanité de cette théorie : « En tant que cette doctrine rattache les actions des hommes à leur organisation, elle n'introduit, dans la science, aucune idée nouvelle. Mais il s'agit de savoir de quelle manière l'acte social est uni à l'organisation. Ce qui est nouveau, c'est de rattacher le crime à des conditions anatomiques d'une façon si étroite qu'il devienne presque une *fonction*, un simple résultat physiologique, auquel le milieu extérieur ne contribuerait qu'à titre de cause occasionnelle. C'est bien là une doctrine nouvelle, mais elle est fausse ». Les recherches faites depuis 1889 n'ont fait que confirmer cette appréciation.

sociale[13] », tout comme l'honnête homme, et si l'un succombe tandis que l'autre lutte, c'est que la volonté de l'un s'est montrée plus vacillante, plus faible que celle de l'autre. Tout n'est donc pas affaire de race, de sol, de climat, de milieu, et l'homme reste avec sa personnalité qu'il doit protéger ou reconquérir contre les fatalités qui l'entourent et qui l'opprimeraient, s'il n'essayait pas de réagir de toute la force de sa volonté.

15. Les recherches statistiques ont démontré deux choses : 1° la répercussion, sur le mouvement de la criminalité, de tous les faits d'ordre économique, matériel et social; 2° la séparation profonde entre les criminels d'occasion et les criminels de profession. C'est surtout l'examen de la statistique française, plus ancienne que celle des autres pays, qui conduit à cette double constatation.

16. Les premiers qui ont étudié les chiffres de la statistique criminelle française, ont été surtout frappés par la régularité apparente de ce phénomène social qu'on appelle le crime. Leurs conclusions établiraient, si elles étaient exactes, que la nature morale de l'homme obéit, comme son organisme, à des lois d'une fatalité désespérante. Guerry et Quételet, par exemple, affirmaient que la part des prisons, des fers et de l'échafaud, pouvait être fixée d'avance, avec la même précision que les revenus de l'État. Mais des recherches postérieures, portant sur des périodes plus longues, ont démontré l'inexactitude de ces premières conclusions. Bien loin d'apercevoir dans l'allure de la délictuosité une constance égale à celle des phénomènes naturels, on sait aujourd'hui qu'il n'est pas de fait social qui subisse, plus que la criminalité, l'influence de causes diverses,

rent, avec une lumineuse intensité, le problème moderne de la répression.

D'un côté, c'est la *marche progressive et parallèle de la criminalité et de la récidive.*

De l'autre, c'est le *manque de proportion entre l'accroissement de la récidive et celui de la criminalité.*

Il importe d'appeler l'attention sur ce double phénomène et d'en rechercher la portée sociale?

Si l'on s'arrête uniquement aux chiffres bruts, fournis par la statistique française, de 1826 à 1894, il est facile de constater : 1° que le nombre des *crimes* poursuivis, c'est-à-dire des infractions les plus graves déférées aux cours d'assises, a diminué de *moitié;* 2° mais que le nombre des *délits,* c'est-à-dire des infractions moins graves, déférées aux tribunaux correctionnels, a plus que *triplé* depuis la même époque.

Cette sorte de bascule entre la grande et la petite criminalité, la diminution de l'une, corrélative à l'augmentation de l'autre, est-elle un signe de notre nivellement social? Un fruit de cette démocratie envahissante, qui, entre autres inégalités, diminuerait, de jour en jour, la distance qui sépare l'honnête homme du criminel? De même que le *génie,* le *grand crime* deviendrait-il rare et se répandrait-il, en monnaie de *délits,* dans nos sociétés modernes? Avant de rechercher l'explication d'un fait, certainement anormal, il s'agit de savoir si ces chiffres donnent la physionomie exacte de notre état social. Il n'en est rien. La diminution apparente des *crimes* n'est qu'une illusion d'optique : elle est due à certains procédés, connus sous le nom barbare de *correctionnalisation.* Pour les comprendre, il faut savoir que, parmi les infractions déférées par la loi aux cours d'assises, il en est dont la gravité n'est pas susceptible d'atténuation et qui sont et seront toujours du ressort de cette juridiction : ainsi les assassinats, les meurtres, les incendies, etc. D'autres, au contraire, tels que les vols, les abus de confiance, les faux en écriture privée, ont une nature flottante : une circonstance de plus ou de moins en fait des crimes ou des délits. Or, les parquets et les juges d'instruction, préférant une répression moins sévère à une impunité presque certaine, ferment volontairement

les yeux sur les circonstances qui donneraient au fait poursuivi la gravité d'un crime; ils le renvoient devant les tribunaux correctionnels. Ce procédé pratique de *dénaturation* a préparé les voies à une réforme légale, accomplie en 1863, et qui a consisté à faire descendre un certain nombre d'infractions, de la classe des crimes dans celle des délits. Eh bien! c'est précisément sur ces catégories de faits, au caractère indéterminé, que porte la diminution, en apparence si considérable, de la criminalité; mais les crimes, à l'allure plus franche, ont plutôt une tendance à augmenter. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, le nombre moyen des *assassinats,* qui était annuellement de 197, de 1826 à 1830, se retrouve, par une coïncidence singulière, au même niveau, 197, de 1876 à 1880, et monte à 216 de 1881 à 1885. En 1886, 234; 214, en 1888; 195, en 1889; 249, en 1890; 227, en 1891; 182, en 1892; 218, en 1893.

A l'inverse, le bilan général des *délits* est beaucoup moins chargé qu'il ne paraît l'être à première vue; car, pour établir une comparaison utile et exacte entre les deux niveaux de la délinquence, celui de 1826 et celui de 1894, il faudrait tout d'abord déduire, de la colonne des délits, pour cette dernière année, soit les crimes correctionnalisés, soit les délits nouveaux dus à un développement progressif de législation. Mais, tout calcul fait, on peut affirmer que la criminalité a progressé, depuis soixante ans, en France, non pas seulement d'une *manière absolue* et *numérique,* mais encore dans une *proportion plus grande que la population :* c'est-à-dire qu'aujourd'hui, sur le même nombre d'habitants, on commet environ deux fois plus de crimes et de délits qu'on en commettait vers 1826[19].

Voilà le fait brutal, indéniable! Mais la statistique, qui le révèle, explique, en même temps, sa cause immédiate, et donne, à cet abaissement douloureux de la moralité sociale, sa véritable physionomie.

Sur 100 accusés, pris au hasard, parmi ceux qui comparais-

[19] Les deux faits les plus frappants des dernières statistiques françaises, particulièrement de celles de 1893 et de 1894, sont : augmentation de la criminalité contre les personnes, qui va dépasser l'autre en France (à l'imitation de l'Espagne et de l'Italie), et diminution de la criminalité contre les biens.

sent devant nos cours d'assises, 54 en moyenne, c'est-à-dire plus de la moitié, sont des repris de justice[20]. Sur 100 prévenus, déférés aux tribunaux correctionnels, la proportion des récidivistes est, il est vrai, un peu moindre; mais elle devient effrayante, quand on tient compte de deux faits : depuis 30 ans, cette proportion a plus que doublé; elle n'était que de 21 p. 100, de 1851 à 1855; elle s'est élevée à 44 p. 100, de 1881 à 1885. Et cette marche ascendante est absolument régulière, normale! Si elle ne subit aucun temps d'arrêt, elle ne présente non plus aucune oscillation brusque. C'est un flot qui monte, avec la régularité d'un phénomène naturel.

Il résulte ainsi du double mouvement comparé de la *criminalité* et de la *récidive* que l'accroissement de l'une est dû à l'accroissement de l'autre, puisqu'en éliminant, par la pensée, le contingent des malfaiteurs d'habitude, la criminalité générale s'abaisserait immédiatement de 50 p. 100.

Plus encore que du temps de Quételet, il est donc vrai de dire que « *ce sont les mêmes individus qui commettent toujours les mêmes crimes* ».

Devons-nous, devant ce phénomène, pousser un cri d'alarme? maudire cette civilisation dont chaque progrès semble être un excitant nouveau de la criminalité? Nullement, ces constatations établissent seulement deux choses : la banqueroute de notre système de répression et l'allure nouvelle de la criminalité.

On ne se fait aucune illusion sur le premier point, car, en 1885, le garde des sceaux, dans son rapport au président de la République, constatait déjà que « l'inefficacité de la peine, au triple point de vue de la correction, de l'intimidation et de l'exemple, ressort chaque jour davantage des indications de la statistique ». Ce sont, en effet, les *déjà condamnés* qui forment le gros bataillon des criminels. Donc, si la répression est inefficace pour corriger, elle est certainement efficace pour corrompre les délinquants.

[20] 47 p. 100, en 1871-75; 52 p. 100, en 1881-85; 56 p. 100, en 1886-91; 58 p. 100, en 1892.

s en plus grand de délinquants d'occasion ?
nme, au point de vue social, le double mo
ninalité et de la récidive? Tandis que la
és du crime se multiplie et prospère, tandis
en sociétés parallèles à la société régulière
lentement, mais sûrement, du reste de la
udissons donc pas la civilisation. Si elle conce
er de la criminalité permanente, si elle fai
ence de ceux qui refusent de se soumettre à se
vail et d'efforts, si elle rend plus douloureux
l entre le luxe et la misère, elle élève aussi l
alité générale, elle fait comprendre à un plus
ie la vie est un bien, la propriété, un droit,
bitude, le calme, un état naturel. Les progrè
n donnent, par conséquent, à la criminalité,
ion et une double allure : tandis qu'ils d
accident, ils multiplient le *crime-habitude*. I
re surpris, dès lors, que les pays les plus civ
ément ceux où la récidive est la plus forte. La
ue, l'Angleterre ont une singulière avance, à
ur l'Autriche et l'Italie, par exemple; et, dans
les contrées septentrionales contiennent une
levée de récidivistes qu'les contrées méridion

d'institutions plus correctionnelles que répressives, destinées à les moraliser et à les reclasser; pour les seconds, des mesures exclusives, éliminant du milieu social des individus que leurs antécédents démontrent incapables d'y vivre. Dans les sociétés antiques, il existait deux procédés d'élimination, placés sur la même ligne, parce qu'ils avaient le même effet : la *mort* et l'*exil*. On les retrouve dans les sociétés modernes, mais transformés et humanisés. C'est la mort, dégagée des supplices atroces, qui, autrefois, l'aggravaient et l'exaspéraient, ne consistant plus, suivant les belles expressions des législateurs de 1791, que « dans la simple privation de la vie ». C'est la transportation dans les colonies lointaines, où les conditions de l'existence étant différentes, les chances d'adaptation seront plus grandes. Nous revenons ainsi, comme conclusion de ces idées générales sur la sociologie criminelle, à l'organisation de la pénalité dans sa double fonction d'*adaptation* et d'*élimination*, suivant qu'il s'agit de condamnés réductibles ou de condamnés irréductibles. Mais ce n'est pas un signalement anthropologique qui pourra permettre au législateur et au juge d'adapter, dans chaque cas, la répression à son but. Le diagnostic de la criminalité d'habitude ne peut être puisé que dans l'état de récidive. C'est donc à prévenir et à réprimer la récidive qu'il faut surtout travailler. Dans cette lutte, le droit pénal fournit, par l'organisation de son système d'incrimination et de pénalité, les procédés indispensables. Tel est son terrain d'action.

§ III. — DE L'OBJET DU DROIT CRIMINEL

19. Le droit criminel a quatre objets. — **20**. De l'infraction. — **21**. De la peine. — **22**. Des juridictions. — **23**. De la procédure.

19. Déterminer les *infractions* et les caractériser; établir un système de *peines;* organiser des *juridictions;* régler la *procédure,* tel est l'objet du droit criminel. A ces divers points de vue, quelles sont les questions qui se posent en législation? Comment ces questions ont-elles été résolues par la

nôtre? C'est un simple programme que nous voulons tracer.

20. I. La société ne punit ni les pensées, ni même les résolutions de commettre des actes qu'elle juge délictueux; elle ne peut punir que ces *actes,* lorsqu'ils sont consommés, manqués ou simplement tentés. *L'infraction* de la loi pénale ne correspond donc pas au *péché* de la loi théologique : le péché est « une désobéissance à la loi de Dieu », et Dieu peut tenir compte des pensées même les plus intimes; l'infraction est une désobéissance à certains préceptes des lois sociales, et les lois sociales ne doivent s'occuper que des relations des hommes entre eux; elles n'ont point d'empire sur la *volonté,* qui ne s'est pas manifestée par un *acte.*

Une action ou une inaction, pour être punissable, doit avoir été prohibée ou ordonnée à l'avance par la loi, sous menace de châtiment, car la *sanction pénale* étant réservée à l'État, il est nécessaire qu'une loi vienne proclamer ce qui, au point de vue social, est permis ou défendu. L'existence d'un droit pénal positif est la conséquence de cette idée, aujourd'hui universellement admise par les peuples civilisés.

Quelle est la notion sociologique de l'infraction? Le législateur ne la crée pas; il ne fait que rassembler et étiqueter un certain nombre d'actions ou d'inactions qu'il qualifie de délictueuses. Il en est de deux espèces : 1° les *délits de police* ou contraventions; 2° les *délits naturels,* ou délits proprement dits. Mais, dans tous les cas, il s'agit d'actions ou d'inactions qui portent atteinte à l'ordre social, tel qu'il est compris dans un état donné de civilisation. Il ne faut donc pas se demander si tout ce qui est délit pour notre temps et notre société a eu toujours et partout le même caractère, et, à l'inverse, si ce qui a été délit, à une certaine époque et dans telle société, est aujourd'hui considéré comme délictueux. La question serait naïve à force d'être oiseuse. Il faut se demander si, parmi les délits de nos lois contemporaines, il s'en trouve qui, en tous temps ou en tous lieux, ont été considérés comme punissables. Même, ainsi restreinte, la question est insoluble, car les idées de moralité ou d'immoralité sociale sont absolument variables, et, même en substituant, comme on l'a proposé, à l'analyse des *actes* celle des *sentiments,* il paraît

impossible de tracer les limites du délit naturel[1]. Ce qu'on peut affirmer de plus net, c'est que le délit a toujours été une action ou une inaction contraire à l'idéal de la majorité, et de nature à perturber gravement l'ordre social établi. La notion du délit juridique est donc la seule qu'il importe d'examiner[2].

Or, dans tout délit, on retrouve des éléments communs, au nombre de quatre, dont la juridiction compétente doit affirmer l'existence, pour pouvoir conclure à la *culpabilité* du prévenu :

Un élément *légal.* — La juridiction doit d'abord constater que *tel fait* est puni par *telle loi;* mais, sur quel temps, en quels lieux, sur quelles personnes, cette loi pénale exerce-t-elle son empire?

Un élément *matériel.* — La juridiction doit affirmer que le prévenu est l'auteur de *tel acte;* mais à quel degré de réalisation doit être arrivé l'acte délictueux pour être punissable? Est-il nécessaire qu'il soit consommé? ne suffit-il pas qu'il soit tenté, ou même résolu?

Un élément *moral.* — La juridiction doit affirmer que le prévenu est *responsable* de cet acte, et la responsabilité suppose, chez celui-ci, l'exercice de l'intelligence et de la volonté. Tous faits qui suppriment ces facultés ont un résultat commun : ils

§ III. [1] Voy. sur le délit naturel : GAROFALO, *La criminologie,* p. 11 à 66. L'auteur, pour déterminer l'idée sociologique du délit naturel, substitue l'analyse des sentiments à celle des actes. Le délit serait une action nuisible, qui viole les deux sentiments élémentaires de *pitié* ou de *probité.* L'auteur en conclut que le criminel « ne pourra être qu'un homme chez qui il y a absence, éclipse ou faiblesse de l'un ou de l'autre de ces sentiments ».

[2] Mais, en se plaçant à ce point de vue, il faut remarquer que la notion même du délit ne change pas, puisqu'il s'agit d'une notion adaptée à un état donné de civilisation. Quant aux causes qui poussent certains individus à enfreindre les lois de l'ordre social, elles sont partout et toujours essentiellement les mêmes. Il n'existe pas d'individus qui puissent vivre en dehors d'un ordre social quelconque. Celui qui est incapable de respecter les lois de la morale sociale, les enfreindra tôt ou tard, quelle que soit la société dans laquelle il est appelé à vivre. Il semble donc légitime de conclure, tant au point de vue anthropologique qu'au point de vue psychologique, que ce sont toujours les mêmes individus qui, en tous temps et en tous lieux, sont amenés, par leur organisation, à enfreindre les lois pénales. C'est dans cette mesure qu'on peut parler de *classes criminelles.*

excluent la culpabilité. Le plus souvent même, l'intention délictueuse, qui suppose la volonté, mais qui est quelque chose de plus que la volonté, s'ajoute à ces conditions générales, comme un élément essentiel de la culpabilité pénale.

Un élément *injuste,* dans le sens de l'expression latine « *injuria* ». — Le fait peut avoir été exécuté dans des circonstances particulières et exceptionnelles qui le rendent légitime, bien qu'il rentre dans la définition légale de l'infraction, et qu'il ait été commis avec discernement et liberté : c'est ce qui a lieu lorsque l'auteur avait le droit ou le devoir de l'accomplir. L'existence d'une de ces circonstances exceptionnelles, telles que la légitime défense, doit entraîner la *justification* du prévenu.

Ces divers éléments se rattachent ainsi : 1° à la *matérialité* de l'action ou de l'inaction imputable; 2° à la *culpabilité* de l'auteur de cette action ou de cette inaction. De là l'usage de comprendre les éléments de la première catégorie sous le nom d'*éléments matériels;* ceux de la seconde, sous le nom d'*éléments moraux* du délit. Étudier les premiers, c'est étudier le *délit;* étudier les seconds, c'est étudier le *délinquant.*

Les infractions doivent être classées, d'après leur *nature* même, en *contraventions* et *délits.* 1° Les contraventions rentrent dans le domaine de la police ou de l'art du bon gouvernement. Ce sont des mesures de *prévention directe,* sanctionnées par des pénalités en cas d'infraction. Quel est, en effet, le but véritable et immédiat de cet ensemble de précautions d'ordre public et administratif qui tendent à assurer le bon gouvernement des différentes sphères de l'activité sociale, et qui comprennent toutes les dispositions n'ayant pas pour objet de régler les rapports juridiques des citoyens entre eux ou des citoyens avec l'État? Leur but, c'est d'établir un ordre convenable dans ces différentes sphères d'activité, et c'est seulement par mesure de précaution qu'une peine sanctionne la violation de certaines de ces prescriptions. Le contrevenant n'est pas un malfaiteur : c'est un négligent, un imprudent. 2° Les délits appartiennent, au contraire, au domaine de la *répression.* Il s'agit de faits qui troublent gravement les rapports des citoyens entre eux ou

leurs rapports avec l'État. Ces faits prennent leur criminalité dans une volonté perverse, et celui qui les commet se place, par sa conduite, en dehors des conditions nécessaires de l'ordre social établi : c'est un criminel, un malfaiteur.

Notre législation positive n'a pu méconnaître cette distinction qui résulte de la nature même des choses. Mais, dans le but pratique de mettre les différentes infractions en rapport avec l'organisation judiciaire, elle les a classées en trois catégories : les *crimes,* les *délits* et les *contraventions.*

21. II. Le mot « *peine* » indique, dans son acception ordinaire, une *douleur;* dans le sens technique, que nous lui donnons ici, la peine est une souffrance, que le pouvoir, au nom de l'intérêt public, fait subir à l'homme reconnu coupable d'un délit prévu par la loi, en vertu d'un jugement proclamant la culpabilité, en retour et, autant que possible, en proportion du mal dont cet homme est lui-même l'auteur. La peine est distincte, et du mal fait ou rendu à l'agresseur au moment de l'agression et pour la repousser, mal qui est une conséquence du droit de défense, et de la réparation due à l'offensé pour le dommage qui lui a été causé par le délit, réparation qui s'ajoute au mal de la peine et qui a un tout autre objet que ce mal.

La souffrance, élément essentiel de toute peine, peut consister dans la privation ou la diminution d'un bien auquel, dans l'opinion commune, on attache de l'importance. Sur la question de savoir quels sont les biens dont l'homme peut être privé par mesure pénale, on a voulu distinguer, les biens *acquis,* tels que les droits de propriété, de cité, de famille, des biens *naturels,* tels que la vie et la liberté : la privation ou la diminution des premiers pourrait seule offrir la matière d'une peine légale. Cette distinction s'appuie sur une hypothèse : c'est qu'il existe, pour l'homme, des droits dont l'exercice serait indépendant de l'état social. Aucune législation pénale n'a, du reste, admis cette distinction ; toutes, plus ou moins, ont atteint le condamné dans son corps et sa liberté, comme dans son patrimoine et ses droits. Mais tandis que les législations anciennes, exclusivement préoccupées de faire souffrir, se caractérisent, au point de vue de leur système pénal, par deux traits : la nature des pei-

nes employées, destinées à affliger l'homme dans son corps; la variété, la multiplicité et la cruauté des supplices; l'histoire de l'évolution pénale, dans les législations modernes, se formule dans ces deux lois : substitution des peines *négatives*, privatives de liberté, aux peines *positives*, corporelles; *simplification* du régime pénal. Etablir, au moyen de l'*emprisonnement*, avec les variétés de régime et de durée auxquelles il se prête, l'*unité* de la peine principale, tel est le système pénal vers lequel convergent les législations des peuples civilisés[3]. La nôtre est encore éloignée de cette unité : en dehors des déchéances de l'exercice ou de la jouissance de certains droits, peines ordinairement complémentaires ou accessoires, nous trouvons, en effet, dans notre système positif, trois grandes classes de peines principales : les peines *corporelles*; — les peines *privatives* ou *restrictives de liberté*; — les peines *pécuniaires*.

a) La seule peine corporelle, qui figure dans le Code pénal français, est la peine de mort. Cette peine ne consiste plus que dans la simple privation de la vie, sans tortures. C'est une peine unique, extrême, la plus forte expression de la puissance pénale; elle n'est ni réparable, ni réformatrice, ni divisible; on se demande même si elle est légitime. Du reste, la peine de mort ne tient qu'une place accessoire dans tout Code pénal; une place de plus en plus restreinte dans le nôtre : elle est, en effet, destinée à la répression des attentats les plus graves contre les personnes, heureusement fort rares, et il faut organiser des peines pour cette multitude d'infractions que toute législation doit prévoir et réprimer.

Aussi, les peines privatives ou restrictives de liberté et les peines pécuniaires sont le fond de tout système pénal, du nôtre

b) Les premières, — et c'est leur grand avantage, — peuvent se graduer suivant les nuances les plus diverses de la culpabilité et s'adapter aux conditions individuelles du délinquant, comme au danger social qu'il peut faire courir : elles se composent, en effet, de deux éléments : la *durée* et le *régime,* qui, par leur combinaison, donnent la plus grande élasticité à leur organisation. Au point de vue de la *durée,* il existe : des peines perpétuelles, qui n'ont d'autre terme que la vie même du condamné, et qui sont : les travaux forcés à perpétuité, la déportation dans une enceinte fortifiée et la déportation simple, la relégation; des peines temporaires, qui durent de un jour à vingt ans, et qui sont : les travaux forcés à temps, la réclusion, la détention, le bannissement, l'interdiction de résidence, l'emprisonnement correctionnel et l'emprisonnement de simple police. La durée des peines est fixée par le juge dans les limites tracées par la loi, c'est-à-dire que le juge condamne à tant de jours, tant de mois, tant d'années de prison. Le système des *sentences indéterminées* est encore étranger à notre législation. Au point de vue du *régime,* le droit français s'est inspiré, pour organiser les peines privatives de liberté, des idées de deux écoles, l'école *pénitentiaire* et l'école de la *transportation :* nous avons, en effet, des peines dans lesquelles la privation de liberté s'exécute par un emprisonnement plus ou moins rigoureux sur le territoire continental; d'autres, dans lesquelles elle s'exécute par la transportation, avec ou sans travaux forcés, dans des colonies pénitentiaires.

c) Les peines pécuniaires, qu'organise notre législation pénale, sont au nombre de deux : l'amende et la confiscation spéciale.

L'amende, qui consiste dans la condamnation du coupable au paiement d'une somme d'argent, a deux vices, qui tiennent à sa nature : elle est *inégale,* car elle frappe autrement le pauvre que le riche; elle est souvent *inefficace,* car elle ne peut s'exécuter sur l'insolvable. Pour paralyser ces vices, notre législation pénale écarte d'abord les amendes *fixes,* en donnant au juge une grande latitude dans la détermination de leur chiffre; de plus, elle organise la *contrainte par corps,* comme

moyen de les recouvrer, et, par conséquent, de les remplacer pour l'insolvable.

La confiscation, qui consiste à enlever à son propriétaire un objet pour en attribuer la propriété à l'État ou pour le détruire, ne s'applique plus qu'à l'*objet,* au *produit* ou à l'*instrument* du délit. Elle est donc bien différente de la confiscation générale des biens du condamné, qui a été abolie, par la Charte de 1814, comme une peine injuste par son étendue et ses conséquences.

Dans l'application des peines, une législation peut suivre l'un de ces trois systèmes : 1° ou bien admettre, pour les juges, le pouvoir de déterminer, d'après le témoignage de leur conscience, quelles actions ou inactions sont délictueuses et quelles peines il faut leur infliger; 2° ou bien poser, en principe, que le système des délits et celui des peines seront fixés par la loi d'une manière inflexible, et que les juges n'auront qu'à appliquer exactement la peine prononcée par la loi au fait qu'ils reconnaîtront constant; 3° ou bien enfin, en décidant que tout délit, pour être incriminé, doit être prévu et puni par la loi, laisser aux juges divers moyens d'arriver à la constatation de la *culpabilité spéciale* de chaque fait et de chaque prévenu, et d'établir ainsi des proportions équitables entre la moralité particulière de chaque action et le châtiment qui sert à la réprimer.

De ces trois systèmes, le premier, celui des peines *arbitraires,* a été en vigueur dans la seconde période de l'histoire du droit romain, à l'époque des *judicia extraordinaria.* C'était également celui que suivait notre ancienne jurisprudence criminelle. On peut dire que les peuples, chez lesquels il existe, n'ont pas, à proprement parler, de *droit pénal positif.* Le second, celui des peines *fixes,* en vigueur pendant la première période de l'histoire du droit romain, à l'époque des *quæstiones perpetuæ,* fut consacré législativement, dans notre histoire, par le Code pénal de 1791. Le troisième enfin, qui existe en germe dans le Code pénal de 1810, a été développé et perfectionné, lors de la révision dont ce Code a été l'objet en 1832, par l'institution des circonstances atténuantes.

Mais le problème de l'application des peines que je viens de

poser ne se présente pas toujours par rapport à l'*agent unique* d'une *infraction unique :* plusieurs personnes peuvent prendre part à un délit; plusieurs délits peuvent être commis par une même personne. Ce sont là deux circonstances que la législation pénale doit prévoir, pour mesurer, dans la première, la culpabilité de chacun des auteurs ou des complices du délit; dans la seconde, la peine ou les peines à appliquer à l'auteur de plusieurs délits. La théorie de la *complicité* et celle du *concours* d'infraction sont deux théories importantes, qui se rattachent aux principes de l'incrimination comme à ceux de la pénalité.

Les peines sont naturellement éteintes par leur exécution; le condamné se libère, en les subissant, comme le débiteur, en payant sa dette. Mais, indépendamment de ce mode régulier d'extinction des peines, il est des circonstances qui ont pour effet de prévenir ou de faire cesser l'effet des peines. Il faut donc, après avoir déterminé comment les peines s'exécutent, rechercher comment elles s'éteignent.

22. III. Le procès pénal a sa cause originaire dans la violation de la loi, c'est-à-dire dans l'infraction, et son mouvement initial dans la nécessité de procéder contre l'auteur de cette violation, nécessité qui porte le nom d'*action pénale* ou *publique*. La série des actes qui conduisent, par degrés successifs, au jugement et à l'exécution, doit, autant que possible, être soustraite à l'arbitraire de l'homme; c'est pourquoi il faut, dans toute société civilisée, une loi, qui organise à l'avance : 1° la puissance chargée de juger, c'est-à-dire la *juridiction;* 2° la marche à suivre pour arriver au jugement, c'est-à-dire la *procédure*. Tel est le double objet d'un Code de procédure pénale. L'importance des garanties judiciaires qui en résultent est telle, que, chez les peuples qui ont le mieux compris et défendu la liberté individuelle, les Romains et les Anglais, par exemple, la procédure est mêlée au droit et même prime le droit[4]. Les

[4] Aujourd'hui, du reste, nous considérons la procédure comme une sorte d'accessoire distinct du droit qu'elle a pour objet de sanctionner. Mais il n'en a pas été toujours ainsi. La procédure a eu, dans les législations anciennes, une importance bien plus grande que celle qui lui est attribuée par les lois modernes. On ne distinguait pas alors entre le droit lui-même et la manière

peuples modernes ont une tendance à séparer ces deux choses, et à consacrer des Codes distincts, les uns aux lois de forme, les autres aux lois de fond.

Dans l'enfance des sociétés, c'est l'assemblée du peuple : à Rome, les comices; en Germanie, le *mallum*, ou bien le roi, représentant de la Divinité, qui, lorsqu'un crime est commis, infligent la peine comme bon leur semble, n'ayant d'autre règle que la tradition ou leur bon plaisir. On ne connaît pas encore cette séparation savante, organisée dans presque toutes les sociétés modernes, entre le *pouvoir législatif*, qui fait les lois, et le *pouvoir excécutif*, qui les applique, et qui, suivant qu'il s'agit de les faire servir à la direction des affaires politiques, au règlement des détails de la vie publique, ou au jugement des contestations, s'appelle le *Gouvernement*, l'*Administration*, ou la *Justice*. Mais des raisons puissantes interdisant au souverain d'être juge, il est de règle, chez les peuples modernes, que la justice est *déléguée* par le souverain ou par le peuple : elle ne s'exerce et ne peut s'exercer que par des tribunaux chargés de prononcer des peines et de statuer sur les différends que les citoyens ont avec l'administration ou entre eux. Le principe détestable, puisqu'il repose sur une idée fausse, de l'unité de la justice civile et de la justice pénale domine l'organisation judiciaire française. Il signifie que les mêmes tribunaux rendent la justice en matière civile comme en matière criminelle. La participation des citoyens au jugement des crimes, vient seule rompre cette unité. La composition des tribunaux et les formalités de leur procédure se compliquent suivant la gravité des infractions à juger. Les cours d'assises connaissent des crimes; les tribunaux correctionnels, des délits; les tribunaux de police, des contraventions. A côté de ces tribunaux, qui sont dits tribunaux ordinaires, à cause de l'étendue de leur compétence, il existe,

de le faire respecter, et il semble, à lire les anciens Codes, que la grande difficulté et la première préoccupation du législateur ait été d'amener le défendeur devant le juge. Cfr. Summer Maine, *De la codification d'après les idées antiques* (trad. franç.), p. 13. Sur l'importance comparée de la pénalité et de la procédure : Ortolan, *Cours de législ. pén. comp.*, *Intr. phil.*, p. 77 à 81.

pour juger certaines *personnes* ou certains *délits,* des tribunaux exceptionnels, parmi lesquels figurent particulièrement les juridictions militaires et maritimes.

Une législation positive peut donner, aux juges qu'elle institue, le droit de procéder d'office à l'instruction et au jugement des affaires de leur compétence, et d'assurer eux-mêmes l'exécution de leur jugement. Mais notre législation préfère, avec raison, confier la mission de poursuivre les infractions et d'exécuter les jugements à des fonctionnaires spéciaux, établis près de chaque tribunal, et dépendant à la fois de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative. C'est à ces fonctionnaires qu'est confié l'exercice de l'action *publique,* c'est-à-dire de l'action qui a pour but l'application d'une peine aux individus reconnus coupables d'une infraction, tandis que l'action *civile,* c'est-à-dire l'action qui a pour objet la réparation du préjudice causé par l'infraction, appartient aux parties lésées, qui l'exercent, soit accessoirement à l'action publique devant les tribunaux de répression, soit séparément devant les tribunaux civils.

23. IV. La procédure pénale est la série des investigations auxquelles doit se livrer la justice pour constater les infractions et appliquer les peines. La société ne peut, sans danger, abandonner complètement aux autorités qu'elle institue le mode de procéder : aussi, toute législation positive détermine-t-elle la manière dont ces autorités doivent agir et fonctionner. Dans les dispositions minutieuses qu'elle consacre à la procédure, la loi se propose de protéger deux intérêts également sacrés : l'intérêt de la société, qui veut la juste et prompte répression des délits, et l'intérêt des accusés, qui exige une complète garantie de la liberté individuelle et des droits de la défense.

Quand on analyse la procédure pénale, on peut la ramener à quatre opérations : la *poursuite,* qui consiste à saisir la juridiction; l'*instruction,* qui consiste à réunir les preuves de la culpabilité; le *jugement,* à constater la culpabilité, s'il y a lieu, et à prononcer la peine; l'*exécution,* qui consiste à appliquer la sentence.

La loi peut exiger, et elle exige, en effet, souvent qu'une in-

struction spéciale précède l'instruction faite à l'audience de la juridiction chargée de juger. Cette instruction, dite *préparatoire,* a, dans notre législation positive, trois caractères qui la distinguent de l'instruction de l'audience : elle est secrète, elle est écrite, elle se fait sans défense contradictoire. Sur les pièces écrites de cette procédure, des juridictions spéciales d'*instruction* statuent sur le point de savoir s'il y a lieu d'arrêter la poursuite ou de renvoyer l'auteur présumé de l'infraction devant la juridiction de jugement. Celle-ci, saisie de la prévention, soit directement par le ministère public ou la partie civile, soit sur le renvoi qui est fait devant elle par la juridiction d'instruction, statue en audience publique; elle juge, non sur l'instruction préparatoire, qui a pu précéder la citation, mais sur l'instruction orale, publique, contradictoire de l'audience. C'est là une innovation considérable de notre législation criminelle moderne, car, avant 1789, les juges de la culpabilité feuilletaient le dossier de l'instruction écrite, et formaient leur conviction sur *pièces.* Aujourd'hui, ils la forment, après avoir entendu l'accusé, s'il comparaît, les témoins à charge et à décharge, le ministère public et le défenseur. Les effets de l'instruction préalable sont donc limités, puisque, à elle seule, cette procédure ne peut autoriser aucune décision définitive au préjudice des justiciables.

Aussi, le « Code d'instruction criminelle » devrait être intitulé « Code de procédure pénale », — de *procédure,* et non d'*instruction,* car l'instruction n'est, dans son système, qu'une partie de la procédure pénale, et la moins importante; — *pénale,* et non *criminelle,* car les dispositions de ce Code organisent la procédure en matière correctionnelle et de simple police comme en matière criminelle[5]. La qualification de ce Code est donc doublement inexacte.

[5] Aussi le législateur belge a préféré, pour le nouveau Code qu'il prépare, et dont les *dispositions préliminaires* ont été promulguées le 17 avril 1878, le titre de *Code de procédure pénale.* La plupart des Codes étrangers portent le même titre que le Code belge; en Hollande, *Wetboek von Strafvordering;* en Allemagne, *Strafprozessordnung;* en Italie, *Codice di procedura penale.* Les savants traducteurs du Code de procédure pénale autrichien

§ IV. — DE LA PLACE DU DROIT CRIMINEL DANS LA LÉGISLATION

24. Le droit. Ses divisions. — **25.** Droit privé. — **26.** Droit public. — **27.** Le droit criminel est indépendant des autres parties du droit. — **28.** Problèmes.

24. Après avoir tracé le vaste programme du droit criminel, il importe de déterminer la place qu'il occupe dans le système général d'une législation. Pour le faire, il faut partir de la conception même du droit et de ses divisions rationnelles.

On sait que le droit détermine les conditions *reconnues* et *imposées* comme nécessaires des rapports sociaux, ou, en d'autres termes, qu'il règle les droits et les obligations dérivant de ces rapports. Il se divise donc en branches aussi nombreuses, que sont diverses les situations qu'il est appelé à prévoir et à régler. Les classifications du droit doivent varier d'après les points de vue auxquels on se place[1]; mais la classification la plus usitée, parce qu'elle est la moins arbitraire, est celle qui prend pour base la *nature* des rapports qu'il régit, et qui sépare ainsi, tout d'abord, le droit *privé* du droit *public* d'un peuple.

25. I. Le *droit privé* gouverne les rapports des individus entre eux (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), des Français comme des étrangers (*droit civil, droit international privé*). Au début des civilisations, le droit pénal est une branche du droit civil : les crimes contre les personnes sont considérés comme une affaire privée n'intéressant pas la tribu ou la cité. Mais le droit pénal se détache peu à peu du droit privé par une évolution des idées et des mœurs. On finit par comprendre que lorsqu'une infraction a été commise par un individu au détriment d'un autre individu, le droit de punir n'appartient pas à l'offensé,

Die Strafprozessordnung). MM. Bertrand et Lyon-Caen lui ont donné un titre de fantaisie en l'appelant *Code d'instruction criminelle*. Comp. Ortolan, t. II, n° 2170; Marcy, *Code de procédure pénale du royaume d'Italie* (Paris, 1881, t. I, p. 12).

§ IV. [1] Sur les différentes classifications : Ortolan, *Cours de législ. pén. comp., Introd. phil.*, p. 161 à 196.

mais à la société. L'offensé avait bien le droit de se défendre au moment où il était attaqué pour prévenir le mal dont on le menaçait, mais, l'infraction une fois accomplie, ce n'est pas à lui qu'il appartient de punir; s'il tentait de rendre le mal qu'il a éprouvé, il n'infligerait pas une peine, il exercerait une *vengeance*. Ce qui est de droit privé, c'est la faculté qui lui est reconnue de demander en justice la réparation du dommage qu'il a souffert. Il faut ajouter toutefois que ce droit à une réparation, à raison de sa communauté d'origine avec l'infraction, rentre, à bien des points de vue, dans le domaine du droit criminel. Il est, en effet, placé, d'une manière particulière, sous la protection sociale.

26. II. Le *droit public* se subdivise en droit public *externe* et droit public *interne*. *a*) Les nations ont nécessairement des rapports entre elles; elles se rencontrent dans la paix et dans la guerre; de là, des situations que le *droit public externe* est appelé à régir. Les frontières ayant cessé, depuis longtemps, d'être des barrières infranchissables, cette branche du droit s'est beaucoup développée. Mais le droit public externe n'est pas un droit complet; il lui manque une sanction, des tribunaux, une procédure. Évidemment, le droit criminel n'en fait pas partie. D'après le droit naturel, il est vrai, des devoirs existant, dans les rapports des nations, comme dans les rapports des individus, on concevrait rationnellement que la violation de certains de ces devoirs, les plus graves, puisse ou doive être punie. Il y a certes des *crimes internationaux*. On a vu des nations homicider d'autres nations, voler leur territoire, le piller, incendier les habitations, massacrer les habitants, etc.

défense ou la vengeance. Et, tandis que, entre particuliers, c'est une règle que nul ne se fait justice à soi-même, entre nations, le principe est renversé, faute d'un pouvoir supérieur à l'oppresseur et à l'opprimé pour garantir, par la force coercitive, les conditions de l'ordre international. Ce qui manque donc c'est la force, c'est-à-dire la vie, car là où est la vie, là est la force, et le droit positif ne peut être séparé de cet élément qui est son principe vital[2]. *b*) Le *droit public interne* s'occupe de l'organisation des pouvoirs publics, et des rapports des individus avec ces pouvoirs. Or, toute infraction impliquant un rapport entre le coupable, qui est poursuivi, jugé et puni, et le pouvoir, au nom de qui la poursuite est intentée, le jugement prononcé et la peine infligée, il faut reconnaître que le droit criminel n'est qu'une des branches du *droit public* d'un peuple, qui se subdivise ainsi en *droit constitutionnel, droit administratif* et *droit criminel.*

Le droit criminel fait partie du *droit public national* à un double point de vue :

1° La peine est infligée, non seulement dans l'*intérêt du particulier,* offensé par le délit, mais dans l'*intérêt public*. Quiconque attaque le droit individuel ou le droit social entre en conflit avec l'État qui, dans toute société civilisée, est considéré comme l'organe du droit.

2° L'État lui-même a l'administration de la justice pénale. C'est en son nom que la poursuite est intentée contre le délinquant; c'est en son nom que le délinquant est jugé; en son nom que la peine est infligée; en son nom qu'elle est exécutée. Dans nos sociétés modernes, l'État monopolise la justice pénale : *punir* est une de ses prérogatives les moins contestées et les moins contestables.

27. L'objet propre du droit criminel est de sanctionner l'observation des préceptes du droit positif, en menaçant d'une

[2] Ce qu'on appelle assez inexactement « *Droit pénal international* », comprend l'étude : 1° des délits commis à l'étranger; 2° des délits commis en France par ou contre les étrangers; 3° de l'extradition; 4° des communications internationales d'instructions ou de renseignements (commissions rogatoires, casiers, etc.).

...nches du droit, un certain nombre de r
nnées par des peines proprement dites et
droit criminel, il est vrai de dire que le
ommercial, le droit administratif ont, pour
prescriptions, des *sanctions* particulières
s et qui leur suffisent, telles que les nulli
tions pécuniaires, les diverses saisies, e
el est donc distinct des autres espèces de c
d'une science autonome.

Ce moyen suprême de sanction, qui cons
uffrance à l'auteur d'une violation de droit,
. temps et partout. L'existence des peines
de l'existence des sociétés régulières. C'e
re démontre[5].

ce fait est-il légitime? et s'il est légitime,
ient?

ment ce fait s'est-il produit dans les soc
ractère?

ont là deux questions préliminaires, qui don
el et l'expliquent : la réponse à la première

trat social, livre II, ch. XII. Telle est également la
ham qui, dans le chap. III de son ouvrage, intitul
rps complet de législation, arrive à formuler les p
sur les rapports du droit civil et du droit

d'*Introduction philosophique*, la réponse à la seconde, d'*Introduction historique* à l'étude de notre législation criminelle.

§ V. — LE DROIT. SES ORIGINES. DROIT CIVIL ET DROIT CRIMINEL

29. Loi morale. Libre arbitre. — **30.** Individu. Société. — **31.** Limites de l'intervention du pouvoir. Modes d'intervention. — **32.** Droit civil. Droit pénal.

29. Les sciences sociales[1] ont pour sujet l'homme, la société est le milieu où elles le placent; et ce qu'elles étudient, ce sont les relations sociales, considérées sous les aspects divers et complexes qu'elles embrassent. Toute science, qui a pour objet et pour sujet l'homme, doit prendre, comme point de départ de ses recherches, l'observation de l'homme. Or, un fait frappe tout d'abord quand on observe l'homme : tandis que tous les autres êtres sont soumis à des lois fatales, l'homme, au contraire, paraît libre de ses actions. L'homme paraît libre : est-ce à dire qu'il ne soit soumis à aucune loi? Non, cette liberté, dont nous avons conscience, n'a pas et ne saurait avoir cette étendue. Tout être a sa loi, l'homme, comme les autres êtres, c'est-à-dire que tout être a un but à atteindre, une fin à accomplir : parti d'un point, il doit arriver à un autre, et la loi n'est que le principe de direction qui préside à ce mouvement[2].

§ V. [1] Existe-t-il une science sociale? H. Spencer, *Introduction à la science sociale*, chap. 2, a très finement réfuté les objections principales qui ont été élevées à ce sujet. La première est tirée de la liberté des actions humaines, qui semble exclure la matière d'une science de ces actions, puisque les lois, auxquelles on prétendrait les soumettre, n'auraient pas un caractère nécessaire et, par conséquent, scientifique. La seconde est fondée sur l'impossibilité de formuler des règles universelles et permanentes, en ce qui concerne la plupart des intérêts collectifs des sociétés; tandis qu'il est de l'essence des vérités scientifiques de s'imposer partout et toujours. Voy. également G. de Graeff, *Les lois sociologiques*, 1893.

[2] La question du libre arbitre domine le droit tout entier. On sait que, dans la théorie spiritualiste, les deux causes assignées à la liberté sont : 1° une cause intérieure et psychologique : l'homme est libre parce qu'il est doué de raison; 2° une cause métaphysique : l'homme est libre parce que les biens qui sollicitent sa liberté n'ont rien de nécessitant.

[illegible] la loi est *imposée* aux autres êtres, elle est [illegible] ; car l'homme est libre de lui obéir; il peut [illegible] qui lui est tracée ou s'en écarter.

[illegible] plus général, la loi est donc le principe de [illegible] tantôt *imposé*, tantôt *proposé* aux êtres, dans [illegible].

[illegible] cette loi a un caractère spécial : maître ma- [illegible] de faire ou de ne pas faire, l'homme est asservi [illegible] à côté de la liberté de fait dont il est doué, [illegible] pour lui, des nécessités rationnelles d'action ou d'i- [illegible] nécessités d'action ou d'inaction sont ce que l'on [illegible] les lois de la conduite de l'homme, ou lois *morales*, et [illegible] faculté, qui apprécie les motifs des actes libres, qui met [illegible] l'acte qu'il s'agit d'accomplir avec ces lois ration- [illegible], cette faculté s'appelle le *sens moral* ou la *conscience*.

On est certainement d'accord pour constater l'existence *actuelle*, chez l'homme, d'un *sens moral;* mais on diffère profondément sur l'origine de cette faculté. A toutes les époques de l'histoire, aujourd'hui, comme aux temps anciens d'Épicure et de Platon, deux écoles antagonistes se trouvent en présence : — l'une est celle des moralistes qui pensent que le sens moral est une faculté primitive, innée, que tout homme apporte en venant au monde; que les jugements de cette faculté ont un caractère d'évidence qui ne se raisonne pas; qu'ils sont, à travers les sophismes de l'intérêt et le tumulte des passions, l'écho plus ou moins affaibli de la voix de Dieu même dans l'âme humaine; — l'autre école, sans contester l'existence *actuelle* [illegible]

partisans de la morale *inductive* ou *dérivée*, par opposition à la morale *intuitionniste*, fondent leur système[3]. Ce que l'on peut affirmer, c'est que leur théorie sur l'origine du sens moral est destructive de tout droit et de toute justice : quel respect peut exiger de l'homme un droit et une justice qui ont leurs époques, qui demain peut-être cesseront d'être le droit et la justice? Si la morale n'a pas d'autre appui que cette impulsion héréditaire, cette « voix des aïeux », si elle n'a pas de réalité objective, elle n'est qu'une admirable *invention* de l'homme. Or, la première condition de toute morale est évidemment l'existence d'une loi *impérative*, loi supérieure à l'homme et dont le principe ne peut être qu'une intelligence éternelle. Sans Dieu, point d'obligation morale; et la preuve que ces deux termes s'expliquent naturellement, c'est que tous ceux qui ont nié Dieu ou qui ont dénaturé l'idée de Dieu, en niant sa personnalité, en sont venus, par la force irrésistible des choses, à nier l'obligation morale. Si l'*impératif catégorique* de Kant est un « vieux reste du Décalogue », comme l'a dit Schopenhauer, cela prouve tout simplement que c'est au verbe divin qu'il faut rattacher le principe de la loi du bien et du mal et que la « Morale sans obligation ni sanction » est une contradiction.

Il faut du reste reconnaître, en faisant abstraction de toute conviction philosophique personnelle, que la conception du droit, chez les peuples modernes, repose sur deux faits de conscience et, comme le disent les philosophes, sur deux postulats essentiels : l'existence d'une *loi morale* qui s'impose à l'homme comme règle de conduite, et la *liberté* pour l'homme d'y conformer ses actes. Du rapprochement de ces deux idées, naissent, en effet, la *responsabilité*, c'est-à-dire le *devoir*, et l'*inviolabilité*, c'est-à-dire le *droit* : l'homme n'est responsable que parce qu'il est libre, et il n'est inviolable que parce qu'il est responsable; de sorte que, dans l'acceptation la plus haute du mot, le

[3] Voy., par exemple : HERBERT SPENCER, *Les bases de la morale évolutionniste*, 1880; *Principes de sociologie*, 1876. GAROFALO, *La criminologie*, p. 6. Comp. L. CARRAU, *Etudes sur la théorie de l'évolution, aux points de vue psychologique, religieux et moral*, 1879.

droit serait précisément la faculté inviolable pour l'homme de réaliser son devoir[1].

30. Si l'homme vivait isolé, la question de ses droits ne se poserait que d'une manière abstraite. Il faut admettre, pour qu'elle se présente pratiquement, que l'homme, voulant conformer sa conduite à la loi morale, rencontre un obstacle, dans un autre individu, qui l'empêche de faire son devoir : alors, en face de cet obstacle, il est tenté de se dire : « *C'est mon droit* », et de passer outre. Or, l'homme n'est pas fait pour vivre seul : ***non est enim singulare nec solivagum genus hoc.*** Il fut cependant une époque, qui n'est pas éloignée de nous, où prévalut l'opinion que, pendant un temps indéterminé, les hommes avaient mené sur la terre une vie solitaire et sauvage. Les philosophes du dix-huitième siècle, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Puffendorf, Burlamaqui, avaient accepté cette opinion, dont ils firent le point de départ de leurs systèmes. De cet état primitif, appelé l'*état de nature,* les hommes étaient passés, disaient ces philosophes, à une certaine époque, à l'*état de société* où nous les voyons vivre aujourd'hui. Comment s'expliquait ce changement? Tantôt, en supposant que, parmi les hommes, les plus forts avaient soumis leurs semblables, plus faibles; tantôt, qu'une convention de société était librement intervenue entre eux. Rousseau a développé, avec une grande force, cette dernière hypothèse, dans son ouvrage célèbre, le *Contrat social.* Cette opinion reposait sur une fiction historique que contredisent les traditions de tous les peuples : il n'est pas exact qu'il y ait eu passage d'un état d'isolement absolu, qui serait l'état

appliquer, c'est-à-dire avant l'organisation de la *société politique,* on rencontre une période d'*association patriarcale,* la famille, la horde, la tribu, mais on ne rencontre jamais une période d'isolement absolu. L'homme est né dans la société et pour la société : c'est là son véritable état de nature, car il ne l'a pas choisi et il ne dépend pas de lui de s'y soustraire. La société est un instrument nécessaire au développement individuel de l'homme : c'est ce que démontrent les conditions physiques, morales et intellectuelles de son être[5]. Ainsi, la société n'est pas un fait d'ordre conventionnel, mais un fait d'ordre naturel.

Mais alors que va devenir l'inviolabilité de l'homme? Quand des individus vivent côte à côte, leurs intérêts se croisent, s'entremêlent; presque toujours naissent entre eux des conflits? Ces « collisions » ne seront-elles tranchées que par la force? Comment assurer le triomphe du droit? Le voici : dans toute société politique, nous trouvons un *pouvoir,* c'est-à-dire un gouvernement constitué et organisé. Il n'y a pas de société *acéphale,* suivant l'énergique expression de d'Aguesseau.

La mission essentielle du pouvoir est de protéger l'exercice des droits individuels. Quand un individu agit dans les limites de son droit, il peut se trouver en face d'autres individus qui veulent entraver l'usage légitime de sa liberté. Sans le pouvoir, la lutte s'établirait entre les individus et le triomphe resterait au plus fort. Le pouvoir intervient, il prend pour lui cette lutte, et, en écartant toute résistance coupable, il assure la protection du droit. On pourrait donc définir le pouvoir : une force *collective* et *organisée* mise au service du droit. Du jour où le pouvoir ne protège plus le droit, il cesse d'être le pouvoir et devient la tyrannie, tandis que, s'il comprend sa mission, il réalise la belle pensée de Pascal : « Il faut mettre ensemble la justice et la force et, pour cela, faire que ce qui est juste soit fort, et que ce qui est fort soit juste ». Dans sa notion objective, le droit consiste donc

[5] Frédéric Bastiat, dans le chapitre IV (*Échanges*) de ses *Harmonies économiques,* a merveilleusement démontré cette vérité qui est, aujourd'hui, la base des sciences sociales (Voy. G. Vidal, *op. cit.,* p. 32).

droit serait précisément [illegible] la vie sociale assurée par la réaliser son devoir[1].

30. Si l'homme vivait [illegible] posent : — Pour quel objet et serait que d'une manière [illegible] l'intervention du pouvoir? — Par se présente pratiquement [illegible] les droits qu'il a pour mis-conduite à la loi [illegible] individu, qui [illegible] nous amène à distinguer la *religion*, cet obstacle [illegible] Dans les sociétés primitives, le droit a été passer [illegible] avec la religion ; il a été considéré comme le *est* [illegible] la destinée humaine tout entière. Plus tard, une [illegible] régime théocratique, la notion du droit se pi[illegible] à le confondre avec la morale. Au nom du [illegible] la loi, son organe, a la prétention de tout [illegible] les actes, les croyances. Ce point de vue [illegible] le moyen âge, les temps modernes. L'État, [illegible] contrainte sociale, est maître de l'homme tout [illegible] XVIIIe siècle qui lutte pour faire reconnaître [illegible] notion du droit individuel, et la Déclaration des [illegible] proclame, pour la première fois, l'affranchisse-[illegible] droits de l'homme vis-à-vis de l'État. Désormais, ces [illegible] « morale, droit, religion » correspondront à des [illegible] différentes.

[illegible] morale, qui est l'ensemble des lois qui règlent l'exercice [illegible] humaine, en déterminant ce qui est permis, com-[illegible] défendu, comprend, sans doute, le droit, mais sa [illegible] d'action est plus étendue que celle du droit. En effet, [illegible] des divers rapports, que régit la morale, les fait [illegible]

préceptes n'ont pas reçu de sanction effective, et que l'on désigne sous le nom de *droit naturel* ou *rationnel*. Les législations anciennes ont confondu le droit et la morale, la morale individuelle et la morale religieuse, et, par suite, exagéré la mission du pouvoir social. Ce n'est qu'à une époque de civilisation plus avancée qu'on a distingué ces choses. Le droit n'est appelé à régir que les *relations extérieures des hommes entre eux;* c'est seulement au maintien de ces relations dans les limites du juste, que le pouvoir peut employer la force collective et organisée[6].

II. Dans le cercle des rapports sociaux, quels *moyens* le pouvoir peut-il prendre pour *sanctionner* le droit? La morale ne demande qu'un assentiment volontaire : elle ne s'adresse qu'à la *conscience :* la loi va plus loin : elle force l'*obéissance*. Le droit n'est pas seulement l'organisation pacifique des rapports sociaux, mais le rétablissement, *par la force,* de ces rapports, lorsqu'ils sont troublés. Derrière l'ordre pacifique, le pouvoir de l'État apparaît, sous la figure de Thémis, tenant, d'une main, la balance, pour peser les actes, et, de l'autre, l'épée, pour défendre le droit et en imposer le respect. « L'épée sans la balance serait la force brutale; la balance sans l'épée serait l'impuissance du droit; l'une ne peut aller sans l'autre; il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance[7] ». La *contrainte* est donc inséparable de l'idée de droit. Mais le *mode de contrainte* prend l'une de ces trois formes. Tantôt, le pouvoir impose effectivement l'observation des prescriptions ou prohibitions légales : c'est l'*exécution forcée directe;* d'autres fois, il détruit ou tient pour non avenu ce qui aura été fait au mépris de la règle établie : c'est l'*exécution forcée indirecte;* tantôt, enfin, il inflige une *peine* à celui qui méconnaît la loi. Dans quels cas l'emploi des deux premiers procédés est-il suffisant? Dans quels cas le pouvoir recourt-il à la pénalité, comme sanction suprême de ses commandements?

[6] Voy. sur ce point : BEUDANT, *Le droit individuel et l'État*, et *Cours de droit civil français*, publié par son fils, Introduction, nos 10 à 18.

[7] IHERING, *La lutte pour le droit*, trad. MEULENAERE, p. 1.

C'est se demander quelles limites séparent le *droit civil* du *droit pénal*[8]; quelle est la raison d'être de la distinction, faite par les législations positives, entre la violation de droit, dont le redressement ne peut être poursuivi que par les procédés de la loi civile, et la violation de droit, qui est une infraction, et dont la répression est assurée par l'application d'une peine. Pour le comprendre, j'analyse des faits qui se passent sous nos yeux. Un individu vend une maison; l'acheteur ne paie pas son prix : celui-ci commet-il une infraction? Nullement, le pouvoir social ne lui infligera aucune peine pour avoir violé les droits du vendeur; mais il mettra la force publique à la disposition de celui-ci pour contraindre l'acheteur à payer et à réparer le préjudice qu'il a causé en ne payant pas. Mais un individu met volontairement le feu à la maison de son voisin; outre la réparation du préjudice dont il sera tenu, celui-ci deviendra, par ce fait, passible d'un châtiment que lui infligera le pouvoir social. La raison d'être de ces différences de sanction, pour des violations de droit qui causent à la propriété le *même préjudice,* est facile à comprendre. Dans le premier cas, il suffit à chacun de nous, pour s'en préserver, d'être attentif et diligent dans la conduite de ses affaires. Avant de contracter avec quelqu'un, nous avons pu et nous avons dû examiner sa solvabilité prendre contre lui des garanties; si nous ne l'avons pas fait, le préjudice, qui résulte de notre négligence, n'intéresse que nous, et, si le pouvoir social intervient, il ne le fait que pour garantir notre droit, en nous donnant la faculté d'en poursuivre la reconnaissance devant les tribunaux et l'exécution par toutes les voies civiles. Dans le second cas, au contraire, l'emploi de toutes nos facultés, de notre attention, de notre réflexion, serait insuffisant

[8] Sur la distinction entre ce qui est illicite en droit civil sans l'être en droit pénal et, d'une manière plus générale, sur les limites du droit civil et du droit pénal, Cfr. Brusa, *Appunti,* §§ 74-98; Geyer, *Rivista pénale,* t. XI, p. 272-273; Herz, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts,* t. I, p. 22-25; Heissler, *Das Civilunrecht und seine Formen,* 1870; von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts,* 1882, t. I, §§ 107-110; Binding, *Die normen,* t. I, p. 133 et s.; Ortolan, *op. cit.,* t. I, nos 591-595; Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories,* p. 260 à 267.

pour nous garantir du préjudice qui nous est causé; l'incendie est un fait qui n'intéresse pas seulement la conservation de notre propriété, mais la conservation de la propriété de tous; une société, dans laquelle ce fait ne serait pas énergiquement réprimé, tomberait en dissolution. Le pouvoir social intervient donc, dans l'intérêt, non seulement d'*un propriétaire,* mais de *tous les propriétaires,* pour infliger une peine à l'agent coupable de ce fait. Ainsi, le dommage que produit l'action incriminée par la loi pénale, est un *dommage social,* c'est-à-dire tel qu'on n'ait pas d'autre moyen que de le punir, pour pourvoir à la défense de l'ordre extérieur. Si le dommage est *restreint* à l'*individu,* ou *réparable* par un *moyen direct,* le législateur excéderait ses pouvoirs en déclarant *délit pénal,* l'acte qui en a été la cause. C'est dire qu'il ne doit pas punir tout acte dommageable, mais seulement tout acte qui cause un dommage social.

Cette double observation élimine, du domaine de la répression, trois catégories de faits répréhensibles : 1° ceux qui ne relèvent que de la conscience et de la religion; 2° ceux que l'État peut prévenir par des moyens moins coercitifs que la peine; 3° ceux pour lesquels la justice civile donne une réparation suffisante.

32. La distinction des lésions de droit, des « *injustices* » qui sont ou ne sont pas punissables, ne semble pas s'être dégagée immédiatement à l'origine des sociétés. Le sentiment de la justice brutale, tel que nous le rencontrons encore aujourd'hui chez l'homme du peuple, répugne à cette analyse, qui est le fait d'une civilisation avancée; il voit volontiers, dans toute violation de droit, un *délit,* et il réclame, par conséquent, non seulement le redressement du tort qui lui est causé, mais l'application d'une peine à celui qui en est l'auteur. Le droit civil emprunte alors au droit pénal sa sanction. C'est ce sentiment brutal que nous trouvons consacré par des législations barbares, qui font, de presque toutes les lésions de droit, des délits, réprimés par une *peine privée,* qui joue le double rôle de nos dommages-intérêts et de nos amendes. D'un autre côté, dans le commencement de leur évolution, le droit pénal et le droit civil, sont identiques. Nés de la nécessité de protéger le droit, ils se

confondent d'abord, pour se coordonner ensuite. Mais la séparation absolue du *droit privé* et du *droit pénal,* c'est-à-dire de la *justice réparative* et de la *justice pénale,* est, dans les législations modernes, le terme d'une évolution qui se poursuit depuis bien des siècles[9].

L'emploi des deux premiers procédés pour sanctionner le droit, la mise en œuvre de la « *justice indemnisante* », est certainement légitime de la part du pouvoir social; personne n'a jamais songé à contester la régularité de son intervention, quand il fait exécuter le droit ou qu'il fait réparer le préjudice résultant de sa violation. Mais l'emploi du troisième procédé, l'application d'une peine à l'auteur d'une lésion de droit, est-il également légitime? La « *justice punissante* » est-elle une création artificielle de la société? En un mot, ce fait, répété depuis tant de siècles, contemporain de la naissance des sociétés primitives, en vertu duquel un individu est privé, par ses semblables, de son patrimoine, de sa liberté, de sa vie, de ses droits les plus sacrés, est-il un abus de la *force sociale* ou l'exercice d'un *droit social?*

§ VI. — LÉGITIMITÉ ET FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

33. Double problème. — **34.** Le droit de punir. — **35.** Fondement du droit de punir. Divers systèmes. — **36.** Théories contractuelles. — **37.** Théories utilitaires. — **38.** Théories morales. — **39.** Théories éclectiques. — **40.** Conclusions. Les divers points de vue, isolés, sont incomplets.

33. Deux problèmes se posent, en effet, au seuil du droit pénal : la société a-t-elle le *droit de punir?* et si elle a ce droit, quel en est le *fondement?* Ces deux problèmes ont été souvent confondus, ils sont cependant bien distincts.

34. Le premier n'a pas la même importance que le second. Tout le monde est d'accord pour reconnaître à la société le droit

[9] Cette évolution n'est-elle pas excessive? Sur cette question, on consultera Ihering, *Le combat pour le droit* (trad. de Meydieu, 1875. Paris et Vienne), p. 45.

de réprimer certains actes qui nuisent à son existence et à sa conservation. On a pu contester la *responsabilité individuelle* du criminel [1], mais personne n'a contesté sa *responsabilité sociale*. A toute époque, la société a exercé le magistère pénal; c'est une preuve suffisante que ce magistère est une fonction essentielle de son organisme, c'est-à-dire de la nature humaine elle-même [2].

35. Mais tout en reconnaissant le droit de la société, on n'est guère d'accord pour en déterminer le fondement. Cette seconde question est cependant essentielle à résoudre, car, seule, elle permettra d'assigner leur véritable but aux incriminations et aux peines, de dire quelles sont les conditions et les limites qui s'imposent au pouvoir social quand il punit, enfin,

§ VI. [1] Ceux qui ne voient dans le criminel qu'un anormal, un malade ou un fou contestent, par cela même, sa responsabilité individuelle ou morale. Est-ce à dire qu'ils contestent le droit social de punir? Nullement : pour eux, ce droit a un fondement tout autre : la loi naturelle de la lutte pour l'existence à laquelle la société humaine, comme tout ce qui vit, ne saurait se soustraire; sa justification, c'est l'acte d'agression volontaire émanant du criminel; sa sanction, c'est le pouvoir que possède le plus fort d'imposer sa loi au plus faible. Il n'y a, a-t-on dit, aucune loi morale à appliquer aux criminels, seulement il y a des lois sociales fondées sur la nécessité. Je n'examine pas, pour le moment, ces opinions. Qu'il me suffise de remarquer qu'elles ne vont pas jusqu'à la négation du droit social de punir. Ce qu'elles nient, c'est la responsabilité individuelle elle-même, comme fondement de la responsabilité sociale.

[2] Émile DE GIRARDIN, dans son livre intéressant, quoique paradoxal, intitulé : « *Du droit de punir* », est un de ceux qui ont contesté le droit social de punir. Il nie d'abord la légitimité de ce droit, en procédant d'une manière négative, c'est-à-dire en faisant table rase de tous les systèmes qui ont été essayés pour le soutenir. Mais il ajoute immédiatement qu'il admettrait la peine si elle était utile. Ce qu'il nie, c'est son utilité, en contestant son efficacité; et son inefficacité, dit-il, est prouvée par la récidive. Mais c'est un pur sophisme : la question est de savoir — et elle paraît résolue par son énoncé même, — si la suppression des peines n'augmenterait pas les crimes. Schopenhauer, avec les déterministes, n'explique même la peine, dans son *Essai sur le libre arbitre* (p. 201), qu'en disant : « *La menace de la peine « a pour but d'être un motif contraire destiné à contre-balancer dans l'esprit « de l'homme la séduction du mal* ». Voy. CARO, *Les problèmes de morale sociale* (2e éd. 1887), p. 96 et suiv.

quelles sont les qualités que l'on doit rechercher dans un système pénal.

Je ne puis ni ne veux discuter toutes les théories qui ont été produites sur le droit de punir[3]. Bien qu'innombrables, elles se ramènent à quatre groupes principaux : 1° celui qui ne voit, dans le droit de punir, qu'une simple fonction défensive de la société (groupe des théories *utilitaires* ou *objectives*); 2° celui qui y voit la rétribution juridique de la faute par le châtiment (groupe des théories *morales* ou *subjectives*); 3° celui qui y voit la sanction d'un contrat tacite sur lequel seraient basés les rapports sociaux (groupe des théories *contractuelles* ou *juridiques*); 4° celui qui appuie le droit de punir sur la combinaison d'un double élément : la justice absolue, qui légitime la répression en se basant sur la responsabilité morale de l'homme, et la nécessité de maintenir le bon ordre dans la société, nécessité qui est la base de la responsabilité de l'individu vis-à-vis de ses semblables (groupe des théories *mixtes* ou *éclectiques*)[4].

Au fond de toutes les théories se trouvent une explication de la *nature de la pénalité* et une *justification du droit de punir*. C'est toujours à ce double point de vue qu'il faut en examiner la valeur. Deux méthodes peuvent être employées pour résoudre ces problèmes : la méthode *inductive* et la méthode *déductive*. Il faut les combiner et non les exclure. Sans doute, dans les sciences sociales comme dans les sciences naturelles, l'expérimentation est le point de départ de toute recherche et le point d'appui de toute vérité. Mais il n'est pas contradictoire d'accepter comme des faits et comme le résultat d'expériences successives, les idées abstraites de liberté, de responsabilité et

parmi les hommes une théorie conforme à leur pratique ». Aussi, les divers systèmes théoriques se sont successivement développés parallèlement aux faits dont ils donnaient, à la fois, l'explication et la justification. A la *vengeance individuelle* qui, dans les sociétés primitives, sert de frein à l'activité malfaisante, se substituent la notion de la *vengeance divine* et le principe de l'*expiation* qui en est l'origine. Et tandis que la conception religieuse du délit se transforme dans la notion du mérite et du démérite et de la sanction, l'idée de vindicte, d'*individuelle* devenue *sociale,* s'épure dans la théorie de l'*utilité générale* et de la *défense juridique* ou *sociale.*

36. *Systèmes contractuels.* — Les systèmes contractuels, qui font dériver le droit de punir d'une *convention sociale,* ont inspiré la réforme pénale de la fin du XVIIIe siècle. Développés ou soutenus par Hobbes, Grotius, Jean-Jacques Rousseau, Beccaria, Fichte, etc., ils se présentent sous trois formes principales : *a*) Dans la première, le droit de punir serait le *droit de défense* qui appartient à l'individu et qu'il aurait cédé au pouvoir en entrant dans la société. *b*) Dans la seconde, tout individu possédant, en l'état de nature, le *droit d'infliger une peine,* aurait transmis ce droit au pouvoir en consentant à vivre en société. *c*) Dans la troisième, les hommes, comprenant qu'ils ne pouvaient vivre sans lois, et que *toute loi devait être sanctionnée,* auraient donné au pouvoir, en entrant dans les liens du pacte social, le droit de les punir, s'ils violaient les lois de l'association.

Ces systèmes, qui reposent sur la supposition d'un prétendu contrat social, dont on ne trouve aucune trace dans les traditions des peuples, sont, par cela même, en dehors de la vérité historique. Mais démontrer seulement, comme le font beaucoup de publicistes, que le contrat social n'est pas l'origine historique de la société et du droit de punir qui lui appartient, ce n'est point prouver qu'il n'en est pas la forme la plus juste. Il est donc nécessaire d'établir rationnellement et directement l'erreur des systèmes qui font reposer ce droit sur une convention[5].

[5] Comp., FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine,* p. 4 et suiv. Dans

Or, le premier confond le droit de punir et le droit de défense; il oublie que le droit de défense s'exerce et s'épuise dans l'acte de repousser l'attaque injuste, et qu'il ne peut survivre au danger sans perdre son caractère de légitimité. Le second méconnaît cette idée nécessaire que le droit de punir, supposant le droit de commander, ne peut appartenir à un égal sur un égal. Le troisième enfin, en soutenant que le droit de punir est le droit que chaque individu a sur lui-même et qu'il transfère à la société pour le cas où il violerait les lois sociales, conduit à renfermer la pénalité dans le cercle restreint des amendes et des confiscations. Dans ce système, en effet, la société n'aurait le droit d'enlever aux individus, pour les punir, que les biens dont ils peuvent disposer; elle devrait, par conséquent, renoncer, non seulement à la peine de mort, mais aux peines privatives de ces droits que l'homme ne peut volontairement abdiquer. Aussi, quand on donne à la peine le caractère d'une sorte de *clause pénale*, on enlève au système pénal toute efficacité, si l'on respecte la logique; toute justice, si l'on s'en écarte.

Même en prenant le contrat social comme base de la société idéale telle qu'on la voudrait constituée, la notion du contrat ne saurait être acceptée. L'erreur de tous ces systèmes est de ne donner au droit d'autre fondement et d'autre raison d'être que la

cet ouvrage, ce philosophe a repris la thèse du *Contrat social*, en la dégageant des erreurs historiques de Rousseau. Il a essayé de concilier les deux systèmes, du *contrat social* et de la *sociabilité*. Il soutient que, loin d'être opposées, les théories de *contrat volontaire*, soutenues par J.-J. Rousseau, Hobbes, etc., et celles de l'*évolution organique*, que développent les philosophes anglais, particulièrement Herbert Spencer, sont inséparables, et que, dans la société humaine, les idées d'organisme naturel et de contrat social, loin de s'exclure, doivent, au contraire, être ramenées à l'unité; il adopte enfin, comme base de la science sociale, cette formule : l'*organisme contractuel*. Pour lui, le contrat social n'est pas une réalité primitive, mais plutôt un idéal que tend à réaliser l'évolution progressive de la société. « La justice pénale doit être elle aussi contractuelle. La peine doit être acceptée d'avance, fixée même indirectement et médiatement par celui qui la subit : tel est l'idéal. C'est au nom du contrat librement accepté qu'on doit juger l'individu qui s'est montré infidèle à ce contrat même ».

volonté commune. Or, la vie sociale n'est pas un fait humain. La société, pas plus que la famille, ne se constitue et ne se maintient par le seul consentement des individus. Il y a, dans toute collectivité, des conditions d'existence, indépendantes d'un accord : de ce nombre est la répression. Justifier ce fait par le consentement, c'est vouloir faire dépendre, de la convention ou du consentement, les conditions substantielles de toute société. Si la loi est l'expression de la volonté générale, elle n'exprime qu'un fait, le fait que tant d'hommes ont voulu cela. Soit, ils l'ont voulu : mais avaient-ils raison de le vouloir? et ce qu'ils ont voulu est-il juste? Toute théorie qui ne répond pas à cette question élude le problème et ne le résout pas.

37. *Systèmes utilitaires*. — Les systèmes utilitaires, qui ont inspiré, au commencement du siècle, les rédacteurs de notre Code pénal, justifient le droit de punir par sa *nécessité* même. Ce sont des systèmes *simplistes*, en ce sens que la légitimité de la répression résulte de la seule responsabilité du criminel vis-à-vis de la société. Ces systèmes ont été présentés particulièrement sous deux formes, sous la forme *philosophique* et sous la forme *naturaliste*.

I. La peine est un moyen d'*intimidation* ou de *réparation* dont l'emploi est légitime par cela seul qu'il est nécessaire pour le maintien de l'ordre social. Bentham [6], que nous pouvons considérer comme l'apôtre principal des doctrines utilitaires, a ainsi résumé ce système : « Par rapport à l'origine du droit de punir, « il n'y a rien de particulier à en dire; elle est la même que « celle des autres droits du gouvernement. Ce qui justifie la « peine, c'est son *utilité*, ou, pour mieux dire, sa *nécessité* ». La pénalité est une mesure que la société prend pour sa propre défense. Pour que le châtiment soit légitime, il est nécessaire mais suffisant que le but poursuivi par la société soit légitime [7].

[6] Comp. sur la doctrine de Bentham et ses conséquences, au point de vue de la pénalité : MOLINIER, *Revue de législation*, 1836, t. V, p. 209.

[7] Ceci est un sophisme, car il n'est pas vrai de dire que tous les moyens soient justes pour protéger le droit : le but ne légitime pas le moyen. Or, on ne nous dit pas pourquoi la peine est un moyen légitime de protection juridique. C'est ce qu'il faudrait cependant expliquer.

Si la société usait de la contrainte pénale contre le droit des particuliers, le châtiment serait certainement injuste. Mais si elle s'en sert pour protéger ce droit contre les agressions criminelles, le châtiment est légitime. La société ne peut agir injustement, pas plus que l'individu en protégeant le droit[7 bis]. Donc, avec ou sans libre arbitre, avec ou sans responsabilité individuelle, la pénalité est légitime, dans la mesure où elle est nécessaire pour atteindre le but de toute société qui est la protection du droit.

Les diverses variétés des systèmes utilitaires tiennent aux points de vue différents auxquels se placent leurs auteurs dans la recherche de l'effet immédiat et direct que doit produire la pénalité pour être un moyen de protection sociale. Parmi ces systèmes : 1° les uns — les plus barbares — s'attachent à l'*intimidation :* de là le système de l'*intimidation;* 2° les autres, à l'effet *préventif :* de là les théories de la *prévention,* soit *générale,* soit *spéciale ;* celle de la *contrainte psychologique*[8]; 3° les autres, à l'effet *réparateur :* de là les théories de la *réparation,* de la *défense* soit *sociale* soit *juridique;* 4° d'autres enfin, à l'effet réformateur : de là la théorie de l'*amélioration* du coupable. En résumé, tous ces systèmes se concrètent dans la formule : *Punitur ne peccetur*[9].

II. De nos jours, la vieille idée de la défense sociale est présentée sous une autre forme. La répression, pour certains philosophes naturalistes qui empruntent leurs doctrines à la physiologie, ce serait la réaction instinctive, naturelle et reflexe de

[7 bis] Le plus célèbre des représentants de cette école est Feuerbach, qui a

tout organisme vivant, blessé par une cause extérieure, le *choc en retour* de la société contre le criminel. On suit, dans l'histoire, les diverses phases de l'évolution parcourue par cette réaction défensive des sociétés humaines; on la montre, successivement exercée, par l'individu, sous forme de *vengeance individuelle,* par la famille, la tribu, le chef de la tribu, sous forme de *vengeance collective.* Enfin, la division des pouvoirs conduit à confier à des magistrats, agissant sous le contrôle de la loi, la défense sociale et à réglementer ses conditions. Mais, même dans cette organisation des sociétés civilisées, on retrouve toujours, comme base de la répression, cette idée simple et primitive de réaction naturelle pour la conservation de l'être, cette *lutte pour la vie* dont la nécessité s'impose à tous les organismes. La société serait, en effet, un *organisme vivant,* dont l'existence se maintiendrait par un double travail d'assimilation et de désagrégation. Le délit ou plutôt l'*offense,* qui menace la vie ou la santé de l'être social, aurait, pour conséquence nécessaire, une réaction, que l'on qualifierait à tort de *peine,* mais qui serait bien plutôt une *défense* de l'être contre l'attaque dont il est l'objet. Le *droit* de punir ne serait ainsi qu'une manifestation de la loi de nature en vertu de laquelle tout organisme, et en particulier l'organisme social, réagit contre ce qui trouble ses conditions d'existence[10].

Toutes ces théories, qu'elles rajeunissent ou non la vieille doctrine utilitaire, expliquent bien *objectivement* le fait brutal du châtiment; mais aucune d'elles ne rend compte de sa *légitimité,* aucune d'elles n'explique pourquoi le châtiment serait juste *subjectivement,* c'est-à-dire par rapport à l'individu auquel on l'inflige. Or la question n'est pas de savoir si le criminel est responsable vis-à-vis de la société, mais pourquoi il est responsable. Tous ces systèmes présentent le problème sous une forme plus ou moins ingénieuse; aucun ne le résout. La nécessité des peines ne fait pas de doute : mais cette constata-

[10] Il est à remarquer, du reste, que tandis que l'école utilitaire avait pris pour objectif de limiter la réaction sociale, l'école positiviste voudrait l'encourager.

tion n'est pas une justification, puisque le but ne légitime pas le moyen. D'un autre côté, ces systèmes manquent de base morale. Ils confondent l'idée du juste et l'idée de l'utile. Ils tendent à introduire, dans l'application des peines, une excessive sévérité. Ils mesurent les châtiments, moins sur la moralité des actions humaines que sur les nécessités extérieures de l'intimidation. Ils ont enfin pour résultat de sacrifier les droits de l'individu à la protection des intérêts sociaux.

38. *Systèmes moraux.* — D'autres systèmes, partant d'un point de vue complètement opposé, fondent le droit de punir sur la seule moralité des actions humaines, et sur les nécessités de la justice absolue, qui exige que toute action coupable soit suivie d'un châtiment. L'auteur du délit doit être puni, parce qu'il est juste que celui qui a mal fait soit châtié et expie sa faute[11]. Ces systèmes ont pour base unique le principe d'*expiation* (*malum actionis propter malum passionis*) et ne diffèrent que dans la manière dont ils le conçoivent. Ainsi, la théorie de la vengeance divine ou de la vengeance publique, sur laquelle l'antiquité et le moyen âge ont fondé le droit de punir, est une des formes grossières de cette idée. Elle inspire encore l'école théocratique moderne, dont l'un des plus brillants adeptes définit le droit social de punir : « *Une délégation divine du droit de punir le mal*[12] ». Cette théorie se concrète dans la formule : *Punitur quia peccatum est.*

[11] Le philosophe Kant a développé ce point de vue, avec une grande force et une véritable éloquence, dans ses « *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit* », parus en 1797. Cet ouvrage a été traduit en français par Barni en 1853. Dans le système de Kant, la peine reste fin à elle-même. Elle ne doit pas être appliquée comme moyen de produire un résultat (l'intimidation, la défense sociale, la prévention, etc.), mais simplement parce qu'une violation de la loi a été commise. La loi pénale est un *Impératif catégorique.* La peine doit être infligée, non parce que cela est utile, mais parce que la raison commande qu'elle soit infligée. — La théorie de Kant a été développée et mise en œuvre sous des formes diverses, en Allemagne, par K. S. Zachariæ, *Anfangsgründe des philos. Kriminalr. (Principes philosophiques du droit pénal)*, 1805; Henke, *Streit der Strafrechtstheorien*; Hegel, *Rechtsphilosophie*, etc.

[12] Lucien Brun, *Introduction à l'étude du droit*, 1879, p. 254 et 259. Cette

Mais aucun de ces systèmes ne peut rendre compte de l'exercice du droit de punir par la société. Assurément, s'il est un principe incontestable pour nous[13], c'est que le châtiment est légitime quand il frappe la violation du devoir, qu'il est infligé au vrai coupable, en proportion du mal dont il est l'auteur. Mais la société n'a pas pour mission, comme on l'a cru dans l'antiquité et le moyen âge, de faire régner, par la force, l'ordre moral ou l'ordre divin sur la terre; elle a pour mission de garantir la liberté de tous, en protégeant les droits de chacun. Le châtiment doit donc être un moyen nécessaire de protection et de défense sociales, non pour être juste en lui-même, mais pour l'être relativement à la société qui l'inflige. Aussi pensons-nous que le problème du droit social de punir ne peut se résoudre que par une combinaison du point de vue objectif et du point de vue subjectif.

39. *Systèmes éclectiques.* — Ces systèmes se présentent sous des formes variées; mais leur caractère essentiel est d'expliquer et de limiter la *responsabilité morale* par la *responsabilité sociale* et de distinguer le *droit* et le *pouvoir de punir*.

a) Développés en France, particulièrement par Rossi[14], ils ont

doctrine de la justice absolue et de la délégation divine, empruntée par Kant à Platon, et si singulièrement exagérée par Joseph de Maistre, paraît être enseignée par les écoles catholiques.

[13] Comp. cependant : Fouillée, *La science sociale*, p. 289 et 290 : « L'ex« piation est une de ces antiques idées religieuses qui se sont conservées « dans nos législations pénales et que la science sociale contemporaine ré« pudie ». Mais il est toujours facile de prononcer, au nom de la science, ces sortes d'excommunications. L'idée d'expiation se lie à la vieille notion ou plutôt à l'éternelle notion de la responsabilité morale. Elle en est inséparable.

[14] Le *Traité de droit pénal* de Rossi, alors professeur de droit romain à l'Académie de Genève, a paru en 1829. M. de Broglie, dans un article célèbre, publié dans la *Revue française* du mois de septembre 1828, avait déjà posé les bases du système que Rossi n'a fait que développer. Ce système a été adopté, sauf quelques nuances qui nous paraissent peu importantes, par Haus, *Principes généraux du droit pénal belge* (3e édit., 1879, t. II, nos 50 à 91) : Ortolan, *Éléments de droit pénal* (4e édit., 1875, t. I, nos 185 et suiv.); Molinier, *Programme du cours de droit criminel* (1851, p. 10); Carrara, *Programme du cours de droit criminel fait à l'Université de Pise*, trad. par Barret, *Prolégomènes*. Seulement, tandis que Rossi fait dériver,

inspiré les réformes dont la législation criminelle de la France et de la Belgique a été l'objet depuis 1830. Le droit social de punir trouve son principe dans la *justice* et la mesure de son exercice dans l'*utilité générale*. La justice exige, avant tout, que la peine soit *méritée :* c'est à cette seule condition que la société est autorisée à punir. C'est qu'en effet, abstraction faite de la responsabilité morale, la vindicte sociale n'est plus que le droit du plus fort. Mais la société qui punit, et réalise ainsi un devoir de justice, ne le fait et ne peut le faire que dans la mesure de l'utilité. *Punitur quia peccatum est et ne peccetur.*

b) A ce groupe de systèmes se rattachent indirectement les théories allemandes qui séparent le *droit de punir* de l'*obligation de punir*. Le droit de punir naît du crime : mais l'obligation de punir est déterminée par les besoins de la vie juridique. Ce système, dont on trouve l'origine dans les œuvres d'Aristote et de Grotius, a été développé particulièrement par Laitsner[15]. Le criminel, par son fait, entre de force dans une sphère d'activité qui n'est pas la sienne : au lieu d'y devenir maître, il se prend

comme nous, le droit de punir de la justice morale, mais en le limitant par l'utilité sociale, quelques-uns, parmi ces auteurs, le font dériver de l'utilité sociale, et lui imposent comme condition la justice morale. Mais l'interversion des deux facteurs ne peut changer les résultats. Ces systèmes ont trouvé, en Allemagne, de nombreux adhérents, parmi lesquels je citerai : von Preuschen, Möhl, Mittermaier, Berner, Geyer. — M. Bertauld, dans les Prolégomènes de son *Cours de Code pénal*, 4e édit., 1873, et son *Étude sur le droit de punir*, en appendice à ce volume, s'attache à faire ressortir, avec une grande force de logique, que le *droit de punir dérive pour la société du droit de commander*. Mais, ce criminaliste, dans le problème du fondement du droit de punir, s'arrête à un *effet* et ne remonte pas à sa *cause :* la société a le droit de commander, sans doute : mais ce droit a sa source dans les nécessités de la conservation sociale. Le système de M. Bertauld, quoiqu'il s'en défende, n'est, au fond, qu'une variété des systèmes utilitaires. Du reste, il n'est pas vrai de dire, d'une manière générale, que le droit de commander implique le droit de punir : car le pouvoir qui commande s'abstient maintes fois de prononcer une peine contre les violations de la loi. La question reste donc entière, avant comme après l'explication de M. Bertauld.

[15] *Das Recht in der Strafe*, 1872. — Sur le *devoir de punir* distinct du *droit de punir*, on lira : Tarde, *La philosophie pénale*, chap. Ier, § v, p. 29.

lui-même dans la puissance de volonté de celui qu'il a lésé. Cette action de se faire prendre forme l'*être* de la peine. Mais s'il faut se servir du droit de punir que donne le crime, la question de savoir dans quelle mesure et comment il faut s'en servir est une question d'opportunité pratique. Binding a présenté la thèse sous une autre forme, plus heureuse et plus claire : il distingue également le droit de punir du pouvoir de punir que possède l'État. Le droit de punir lui paraît un droit d'obéissance réclamé au délinquant et tendant à obtenir une réparation quelconque en retour de l'irréparabilité du délit. Le droit de punir est donc la conséquence nécessaire du délit : mais il n'en est pas de même du devoir de punir. Ce devoir ne s'impose que quand le mal causé par l'impunité serait plus grand pour l'État que le mal causé par la répression : il intervient ainsi quand la nécessité se fait sentir de sanctionner par la peine l'autorité des lois transgressées. Binding fait de l'idée de la règle « *Normen* », la pierre angulaire du droit criminel.

40. Il y a deux points de vue qu'il faut distinguer, sans doute, pour résoudre le problème du droit social de punir, mais qu'il faut combiner ensuite pour en déterminer les conditions et en tracer les limites, c'est le point de vue *social* ou *objectif* et le point de vue *individuel* ou *subjectif*.

Au point de vue *social*, le droit de punir appartient à la société, parce que la société a, comme l'individu, le droit de se conserver et de se défendre. La pénalité est la manifestation d'une fonction nécessaire de l'organisme social. C'est la nécessité de cette fonction qui en fait la légitimité. La peine est l'arme indispensable à la société dans sa lutte pour l'ordre public.

Au point de vue *individuel*, la pénalité est un acte de justice, parce que le criminel a *mérité* la répression[16].

a) Nous avons tous, en effet, un instinct qui nous indique que le mal doit être rétribué par le mal, le bien par le bien;

[16] Cfr. Haus, *Du principe d'expiation considéré comme base de la loi morale*, Gand, 1865; Pessina, *Dello svolgimento storico della doctrina dell' expiazione come fondamento del Diritto Penale*, Naples, 1863; Ellero, *Opuscoli criminali*, Bologne, 1874, p. 131.

que, à l'acte mauvais, il faut une peine; à l'acte bon, une récompense. C'est là une idée primordiale, une indication, pour ainsi dire, spontanée de notre conscience. Nous en reconnaissons l'exactitude, quand nous la soumettons à l'examen de notre raison. L'homme est responsable de ses actes, avons-nous dit : cette responsabilité est une conséquence de ces deux idées primordiales : le principe absolu du devoir qui s'impose à l'homme : et le libre arbitre qui lui permet de l'accomplir. Or, la responsabilité morale de l'homme, appelle une sanction morale[17]; et cette sanction ne peut consister que dans une récompense ou dans une peine, suivant que l'homme agit ou n'agit pas en conformité avec la loi de son être? Considéré en lui-même, le châtiment, infligé à un acte coupable, est *juste;* il est même, *nécessaire,* et la conscience ne peut être satisfaite que si toute action de l'homme, *librement accomplie,* a sa conséquence dernière dans un châtiment ou dans une récompense. Aussi, a-t-on pu dire, en se servant d'une formule concise, que la peine était « *le rapport nécessaire de la douleur à la faute*[18] ».

b) Mais notre démonstration de la légitimité du droit de punir n'est pas complète; car une peine, juste en elle-même, pour rester juste dans son application, doit être infligée par une autorité à laquelle on reconnaît le droit de demander compte des actions humaines. Il s'agit d'établir que la société a ce droit, c'est-à-dire de prouver que l'homme, responsable au point de vue moral, l'est également au point de vue social. Or, l'homme

[17] Il est à peine utile de faire remarquer que demander quel est le *fondement du droit de punir,* c'est demander quel est le *fondement de la responsabilité pénale.* Ce sont deux questions liées. Or, à cet égard, — et nous sommes d'accord avec Ferri, — il n'y a que deux systèmes logiques : « La « théorie classique, d'après laquelle l'homme est responsable moralement et « socialement, par cela seul et dans la mesure qu'il a pu choisir de sa libre « volonté entre le crime et l'action normale; et la théorie positiviste, qui, ne « pouvant admettre chez l'homme ni le libre arbitre ni par conséquent la « culpabilité morale qu'aucune intelligence humaine ne saurait mesurer, « affirme que tout individu n'a qu'une responsabilité sociale, par le seul fait « qu'il est en société ». *Rev. scientifique,* 1896, p. 582. Mais la responsabilité morale n'est que la base de la responsabilité sociale.

[18] Cousin, *Du Vrai, du Beau, du Bien,* 14e leçon, p. 359 de la 2e édit.

vit et ne peut vivre qu'en société; c'est une nécessité de son être, une loi de sa nature. Les hommes ont le droit de maintenir la société et, par conséquent, ils ont le droit d'employer tous les moyens qu'exige la conservation sociale, du moins tous ceux que ne réprouve pas la morale. La pénalité est un de ces moyens. Si donc, la pénalité est nécessaire, elle est en même temps légitime, pourvu qu'elle s'exerce dans les limites de la justice. En effet, la société est l'état naturel de l'homme. Or, toute société suppose des rapports entre les membres dont elle est formée et ces rapports eux-mêmes supposent des lois qui les régissent. Toute loi implique la nécessité d'obéir, et cette nécessité implique une contrainte, une sanction. L'idée de sanction est inhérente à celle de loi et d'obligation : les lois naturelles, physiques et physiologiques, ont une sanction fatale et inévitable comme elles : les lois sociales et positives n'ont pas une sanction naturelle et fatale, puisqu'elles sont l'œuvre de l'homme : mais la menace d'infliger une peine à celui qui les viole est tellement nécessaire, que les lois sociales qui manquent d'une sanction sont dites lois imparfaites. La peine est la sanction législative par excellence, l'*ultima ratio legum*.

On le voit, — et j'insiste sur cette idée, — tant que l'on considère *in abstracto* le droit de punir, son fondement unique est la justice absolue; mais, quand on le considère comme un acte social, son fondement est le droit, pour la société, de conserver l'harmonie des rapports sociaux par l'observation des devoirs et des droits de chacun. Ces deux points de vue, isolés l'un de l'autre, conduisent à des conséquences également dangereuses. En donnant à la pénalité, pour base unique, la justice, on confond la morale et le droit, on autorise le pouvoir social à intervenir dans le domaine de la conscience, à ériger en *délits* des *vices* et des *péchés*. En lui donnant, au contraire, pour base unique, les nécessités de la conservation sociale, on reconnaît au pouvoir social le droit de punir des actes qui ne sont pas injustes, par cela seul qu'ils sont dangereux; on l'autorise à exagérer les peines pour les rendre plus exemplaires; on sacrifie enfin les droits de l'individu, sous prétexte de protéger, par l'application d'une peine, la société tout entière. Au con-

traire, en rattachant le droit social de punir à l'idée de la justice, mais en mesurant son exercice sur les nécessités de la défense sociale, on le renferme dans les limites suivantes : 1° La loi pénale, essentiellement *déclarative* de la moralité des actes humains, ne peut incriminer ceux que la morale honore; elle ne peut frapper que ceux qu'elle réprouve; 2° Tout ce qui est commandé ou défendu par la loi morale, ne doit pas être commandé ou défendu par la loi pénale. Celle-ci ne peut, en effet, incriminer les actes immoraux que s'ils troublent l'ordre public qu'elle a pour unique raison de garantir, par les effets préventifs et répressifs de la peine. 3° La pénalité doit être renfermée dans ces deux limites, la justice et l'utilité. Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile, telle doit être la formule de tout système pénal. 4° Enfin, la loi sociale ne peut punir qu'un *coupable,* c'est-à-dire un individu socialement et moralement responsable. Or, la culpabilité, impliquant la *loi* et la *liberté,* a des degrés, suivant que l'homme connaît plus ou moins clairement son devoir et suivant que son action a été accomplie avec un consentement plus ou moins complet. La mesure de la peine sera donc déterminée, tout à la fois, par la gravité du fait et par la culpabilité du délinquant.

§ VII. — DES CARACTÈRES DE LA PEINE[1]

41. Caractères de la peine. — **42.** Effets de la peine. — **43.** Conditions qu'elle doit remplir. — **44.** Mesure de la peine.

41. Dans la position du problème qui consiste à rechercher quels sont les *caractères* de la pénalité, il importe de distinguer le *but* et les *effets* de la répression : *a*) Le but que poursuit

§ VII. [1] Bibliographie : Binding, *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft im normalen Verhältniss zu einander* (*Zeitschrift fur die ges. Strafrechtwissenschaft*, t. I, p. 4); Merkel, *Ueber den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft* (*Zeitschrift*, t. II, p. 419); Sontag, *Beiträge zur Lehre von der Strafe* (*Gerichtssaal*, t. XXXIV, p. 29); Tarde, *La philosophie pénale*, p. 467 à 494.

l'État, en infligeant une peine, c'est d'assurer l'ordre public, en donnant une sanction aux lois qui en sont la condition. A ce point de vue, mais à ce point de vue seulement, il peut être question de la *défense* ou de la *protection juridique*, qui ne saurait être le fondement, mais qui est le but même du droit de punir; *b*) Quant aux *effets* de la répression, il faut que l'État mette en rapport le moyen employé avec le but à atteindre, c'est-à-dire qu'il cherche à donner à la pénalité le caractère d'un procédé de *sélection* et d'*adaptation artificielles* au milieu social des individus dangereux pour l'ordre public. *Améliorer* le criminel, l'*intimider*, lui *enlever les moyens de nuire*, tels sont les résultats à produire. La peine est, en effet, destinée à agir *directement* sur le coupable, par le mal qui est de son essence, *indirectement*, sur les autres, par la crainte de ce mal. Mais ces effets ne peuvent être produits sans que l'on tienne compte de l'*individualité* du délinquant. Or, sans exagérer, ni multiplier les classifications, il est bien certain qu'on distinguera toujours, dans la population criminelle, trois groupes, facilement reconnaissables : d'abord, celui des *criminels d'habitude* et celui des *criminels d'occasion*, et, ensuite, parmi le premier, celui des *incorrigibles*, chez lesquels l'habitude acquise est une seconde nature, et celui des *réformables*, pour lesquels il reste quelque espoir de réadaptation. Par conséquent, en mettant en rapport les effets de la peine avec ces trois catégories de délinquants, on peut affirmer que la répression ne sera efficace que si elle a pour résultat : 1° d'enlever aux *incorrigibles* les moyens de nuire; 2° d'améliorer *ceux qui sont capables de revenir au bien;* 3° d'intimider les *criminels d'occasion*.

Tel est bien le programme que doit tendre à réaliser toute législation pénale dans son système répressif. Il s'agit moins de proportionner la peine au délit que d'adapter la peine au but que le législateur se propose et qui est, non le délit passé à faire expier, par une sorte de réparation mystique, mais un dommage matériel à réparer d'abord, et l'éventualité de délits futurs à prévenir ensuite. L'idée de l'*expiation* du coupable, qui a été à une certaine époque dominante, comme l'idée de

correction, qui l'a remplacée aujourd'hui, sont des idées étroites et, par là même, inexactes. La *réforme du coupable,* l'*expiation des actes* qu'il a commis peuvent être l'*effet* de la peine, mais ils n'en sont pas le *but.* La fin de la peine, c'est de rétablir l'ordre dans la société par des moyens *exclusifs, répressifs* ou *correctionnels,* en rapport avec les diverses catégories de délinquants. Voilà l'idée plus moderne et plus exacte du but de la pénalité[2]. C'est en la prenant comme point de départ que nous rechercherons :

Quels sont les caractères que doit avoir la peine?
Quelles conditions elle doit remplir?
Comment elle doit être déterminée?

42. Toute loi pénale contient deux éléments nécessaires : une *prescription* ou *précepte,* une *sanction* ou *peine.* Ce sont les deux faces, le *verso* et le *recto* de tout texte pénal.

La loi avertit les citoyens que tel acte est à éviter ou à accomplir; elle leur fait une défense ou leur intime un ordre. Mais, à cet ordre ou à cette défense, est attachée une sanction. Tant que cette sanction reste seulement écrite dans la loi, ce n'est qu'une menace; mais si le précepte est violé, la menace doit se réaliser, la peine être infligée. L'effet voulu et l'effet produit, c'est l'*exemple* donné à tous les citoyens pour les détourner de l'action ou de l'inaction coupable. En effet, la société ne punit pas à cause du fait accompli qu'elle ne peut changer, elle punit à cause de l'avenir, pour que ce fait ne se renouvelle pas et dans un but d'intimidation préventive[3].

[2] C'est l'idée qu'a développée von Liszt dans son remarquable article sur l'idée du but dans le droit pénal « *der Zweckgedanke im Strafrecht* » (*Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtwissenschaft,* t. III, p. 1 et suiv.). Il l'a exposée avec un relief saisissant.

[3] C'était l'idée que se faisaient du but de la pénalité les philosophes grecs et romains. On a souvent cité ce passage de Sénèque : « *Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim præterita non possunt; futura prohibentur... nec unquam ad præteritum sed ad futurum pœna refertur* ». Il faut lire le commentaire de Montaigne (*Essais,* liv. II, chap. vii) : « C'est un usage de nostre justice d'en condamner au-

Voilà pourquoi le premier caractère de la peine, c'est d'être *exemplaire*. Vis-à-vis de qui? Au regard de tous les membres de la société par l'*intimidation* qu'elle produit; au regard de l'auteur du fait punissable par la *contrainte psychologique* qui résulte de la crainte du mal qu'infligent les châtiments. Les moyens matériels, employés par les anciennes législations, dans le but de rendre la peine exemplaire, consistaient à entourer l'exécution du châtiment d'une *publicité solennelle*. Les législateurs modernes ont substitué, au *spectacle de la peine*, la publicité de la condamnation elle-même.

Est-ce là tout? La loi ne doit-elle pas avoir pour objectif de mettre le coupable dans l'impossibilité de recommencer? Cette impossibilité peut s'entendre de deux manières : 1° Il y a l'*impossibilité physique, absolue*, qui résulte de deux peines seulement : la mort ou la privation perpétuelle de liberté. Ces mesures seraient bien rigoureuses si elles étaient employées vis-à-vis de tous les criminels : elles ne se justifient que dans les cas rares ou l'*incorrigibilité* du délinquant est constatée, par des antécédents judiciaires qui ne laissent place à aucun espoir de le réadapter aux conditions de la vie sociale. 2° Il y a l'*impossibilité morale, relative*, qui résulte de l'*amendement* du criminel par la peine. C'est là une idée à laquelle il faut faire, sans doute, une large place dans un système pénal, mais non une place prépondérante et surtout exclusive. Il y a des peines qui ne peuvent pas produire cet effet d'amendement ou de correction, la peine de mort par exemple. Faut-il, par cela même et par cela seul, les exclure d'un système pénal? Il y en a d'autres, telles que l'emprisonnement, que l'on peut, il est vrai, organiser dans ce but correctionnel, de manière à rendre la répression même réformatrice. Mais les difficultés pratiques sont immenses : elles tiennent, soit à la nature du criminel, trop souvent réfractaire à tout amendement, soit aux nécessités

cuns pour l'advertissement des autres. De les condamner parce qu'ils ont faibli, ce serait bestise, comme dict Plato : ce qui est faict ne se peust deffaire; mais c'est afin qu'ils ne fassent plus de mesme, ou qu'on fuye l'exemple de leur faute. *On ne corrige pas celui qu'on pend, on corrige les autres par luy* ».

de l'intimidation, impossibles à concilier avec le résultat que l'on veut atteindre[4].

En résumé, s'il faut que la peine soit *exemplaire,* il est simplement souhaitable qu'elle soit *réformatrice.* Le premier caractère est nécessaire, le second, désirable. Mais que l'on se garde bien, dans un système pénal, de rechercher l'effet réformateur au détriment de l'effet exemplaire, et, sous prétexte de rendre la peine correctionnelle, de lui enlever son caractère intimidant et d'affaiblir ainsi la répression[5].

43. Du but à atteindre, découlent les conditions que doit remplir toute pénalité.

Parmi ces conditions, il y en a trois de nécessaires. Il faut que la peine soit *afflictive,* c'est-à-dire qu'elle inflige, à celui qu'elle frappe, un mal, une souffrance; il faut qu'elle soit *morale,* aussi bien vis-à-vis du condamné que vis-à-vis du public, c'est-à-dire qu'elle ne blesse pas les convenances et les mœurs; il faut qu'elle soit *personnelle,* c'est-à-dire ne frappe directement que le seul coupable.

D'autres conditions sont simplement désirables. Il est bon que les peines soient *divisibles,* c'est-à-dire qu'elles varient, comme l'amende et l'emprisonnement, dans les limites d'un

[4] Les peines, du reste, par leur seule nature afflictive, produisent un certain effet moralisateur puisqu'elles font craindre au coupable d'avoir à subir, en cas de récidive, une peine nouvelle. Voy. sur ce point : CARRARA, *Opusculi,* t. I, p. 191.

[5] Certains publicistes ont voulu concentrer sur la réforme morale et l'amendement des coupables le but de la pénalité et faire de cette réforme et de cet amendement la raison d'être ainsi que la limite du droit de punir. La théorie de l'amendement a été surtout présentée : en Allemagne, par Roeder; en France, par Charles Lucas. Mais si l'amendement du coupable est un des buts vers lesquels doit tendre la pénalité et dont il faut, avec raison, se préoccuper, il n'en est pas le but unique et ne saurait, en tous cas, servir de base justificative au droit de punir par la société. Voy. CARRARA, *Opusculi di dirritto criminale,* t. I, première étude, dans laquelle il s'occupe de l'amendement du coupable considéré comme unique fondement de la peine. Comp. ORTOLAN, *Éléments,* t. II, n° 1440. Cette théorie exclusive conduit : 1° à la concentration du régime pénal par l'uniformité et l'unité des peines privatives de liberté; 2° à la fixation de la durée des peines non plus par la loi et le juge, mais par l'administration pénitentiaire.

minimum à un *maximum,* de sorte que la même peine puisse frapper des faits différents, et que, pour le même fait, elle permette de tenir compte des nuances de la culpabilité individuelle. La divisibilité sert ainsi de mesure, soit au législateur, soit au juge. Il est bon que les peines soient *réparables,* à cause des erreurs possibles de la justice humaine. Il est bon enfin qu'elles soient *rémissibles,* c'est-à-dire qu'elles n'enlèvent pas au coupable corrigé l'espoir de reprendre sa place dans la société.

44. Le premier effet que la loi doit rechercher dans la détermination des peines, c'est la *mesure.* On dit souvent, dans cet ordre d'idées : la peine doit être proportionnée au délit (*Pœna debet commensurari delicto*[6]). Cette règle peut être admise, mais non d'une manière absolue, puisqu'il n'y a pas de commune mesure entre les délits et les peines[7]. On doit l'entendre avec certains tempéraments : 1° Il faut d'abord que la peine ne soit pas *excessive.* Le législateur, en réprimant telle action, se propose d'en détourner les individus qui seraient tentés de la commettre. Atteindra-t-il ce résultat, en exagérant la pénalité ? On l'a pensé longtemps; et de cette idée fausse est née la sévérité, la cruauté même des législations anciennes. Mais il est aujourd'hui bien reconnu que la cause de tous les relâchements, « vient, comme l'a dit Montesquieu, de l'impunité des crimes et non pas de la modération des peines ». L'excessive sévérité des peines a deux résultats : la loi n'est pas appliquée, parce qu'il faudrait, pour la mettre en œuvre, des juges impitoyables, et qu'il n'en existe pas ; la loi n'est pas respectée, parce que l'opinion publique finit par prendre parti pour le coupable contre la justice elle-même; 2° Il faut ensuite qu'il y ait un rapport, non plus de *mesure,* mais de *nature* entre le délit et la peine. Est-ce à dire que la peine doive être analogue au délit? Cette idée de la *similitudo supplicii* domine les législations primitives : elle s'exprime par le principe du *talion matériel,* œil pour œil, dent pour dent. Mais on a reconnu, depuis longtemps, que la loi du talion conduirait,

[6] Expression que l'on trouve dans le Digeste, loi 11, *De pœnis.*

[7] Sur ce point, Voy. les observations faites par : Bentham, *Théorie des peines,* p. 23 et 24 ; Rossi, *Traité de droit pénal,* t. III, p. 102 ; Molinier, *Traité théorique et pratique du droit pénal,* t. I, p. 297.

dans son application logique, à des peines soit impossibles, soit insuffisantes, soit ridicules. Il y a des cas, sans doute, où cette idée doit recevoir une juste part d'application, mais ils sont fort rares. Dans ces cas seulement, il est désirable que le droit atteint par la peine soit, autant que possible, analogue au droit lésé par le délit, que des peines pécuniaires, par exemple, soient prononcées contre les délits qui ont leur source dans un sentiment de vénalité, la privation des droits électoraux, contre les infractions politiques, etc. C'est le *talion moral*[8]; 3° La proportionnalité de la peine au délit suppose simplement que, pour fixer la peine et pour la prononcer, le législateur et le juge doivent tenir compte, *objectivement*, de la gravité du fait reproché, et, *subjectivement*, de la culpabilité de son auteur.

Le second effet à rechercher dans la détermination des peines, c'est l'*égalité* de la répression. Il faut que le législateur fasse une application égale des peines à tous les coupables, c'est-à-dire qu'il prononce la même peine pour le même délit, quel qu'en soit l'auteur.

Le troisième effet à rechercher, c'est la *certitude* : 1° Il faut que celui qui commet un fait punissable sache à quel châtiment il s'expose. Le devoir du législateur est donc de fixer tout à la fois le délit et la peine. Mais il faut, d'autre part, que la peine infligée soit individuelle et proportionnée, non seulement à la gravité du délit, mais à la culpabilité du délinquant. N'est-ce pas là une antinomie insoluble? Cependant, les législations des peuples civilisés se sont efforcées de la résoudre, en distinguant la détermination de la *culpabilité légale* et celle de la *culpabilité individuelle*. Les procédés seuls diffèrent. La loi ne peut se

quelles a donné lieu la solution de ce problème. 2° Il faut, de plus, que le coupable ne soit pas encouragé par l'espoir de l'impunité. La *certitude du châtiment* est plutôt, il est vrai, une condition du bon fonctionnement de la justice pénale qu'une qualité de la répression. Mais l'intimidation préventive, qui est le but protecteur des lois pénales, dépend de la promptitude et de l'efficacité de la poursuite, bien plus que de la sévérité et de la bonne organisation des peines. La supériorité des chances d'impunité sur celles de répression est un état anormal qui paralyse toujours l'efficacité du meilleur régime pénitentiaire. Ce qui affaiblit, en effet, la contrainte psychologique qu'exerce le châtiment sur l'esprit du coupable, c'est l'espoir de l'éviter. Un malfaiteur, sollicité par ses instincts ou ses passions, n'ayant en regard des satisfactions immédiates du crime que le risque éloigné de la peine, sera d'autant plus vivement déterminé à violer la loi, qu'il aura plus souvent constaté l'impuissance de la justice vis-à-vis d'autres malfaiteurs.

§ VIII. — ORIGINE HISTORIQUE DE LA PÉNALITÉ[1]

45. Importance du droit pénal dans les Codes anciens. — **46.** Remarques sur le développement historique du droit pénal. — **47.** Les trois phases de ce développement.

45. Plus on remonte dans l'histoire des législations, plus le droit criminel paraît tenir de place dans l'ensemble du droit : les premiers Codes sont surtout des Codes de pénalités[2]. Mais il

§ VIII. [1] Bibliographie : Duboys, *Histoire du droit criminel des peuples anciens* (1845); *des peuples modernes* (1854-1860); Thonissen, *Étude sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens* (2 vol., 1869); von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin, 1882, t. I); S. Mayer, *Geschichte der Strafrechte aller Kulturvolker*, 1876.

[2] « Toutes les collections connues d'anciennes lois se caractérisent par un trait qui les distingue nettement des systèmes de droit perfectionnés : la proportion des lois criminelles et des lois civiles y est tout à fait différente..... Je crois qu'on peut affirmer que plus un Code est ancien, plus les dispositions pénales y sont étendues et minutieuses ». Summer Maine, *L'ancien*

ne faudrait pas croire que la notion complète d'une pénalité, infligée au nom du pouvoir, basée sur la justice, limitée par l'utilité sociale et appliquée à la défense du droit, se soit immédiatement dégagée : il a fallu bien des siècles pour arriver à cette conception.

46. On peut faire tout d'abord quatre remarques générales sur l'évolution historique du droit pénal.

1° L'État n'a pris conscience que par degré du droit *exclusif* de punir que nous lui reconnaissons aujourd'hui. Pendant longtemps, il a partagé le ministère pénal, soit avec l'*individu* qu'il a laissé se défendre et se venger, soit avec des *associations*, des *corporations*, qui, au point de vue de la répression, ont formé des États dans l'État même.

2° L'histoire du droit pénal, c'est l'histoire des réactions instinctives que la société oppose aux impulsions instinctives de l'homme. Ces réactions sont d'abord exagérées. Puis, les pénalités diminuent, elles s'adoucissent. Aux peines corporelles positives, succèdent des peines négatives, se résolvant en une privation de liberté, des amendes, des confiscations. Aussi Ihering, a-t-il pu dire : « L'histoire de la peine est une abolition constante ». La dose plus ou moins grande de la contrainte pénale caractérise, en effet, un état plus ou moins avancé de civilisation. L'équilibre entre la sanction pénale et la sanction civile se fait par l'extension du domaine de la réparation et la diminution du domaine de la répression.

3° Le droit pénal reflète l'état social et les idées qui lui donnent son caractère : il se développe et se modifie sous l'influence des mêmes causes qui développent ou modifient cet état social.

4° Le droit pénal, comme le droit civil, se systématise

droit, trad. Courcelle-Seneuil, p. 347 et 348. Deux faits contribuent, dans les civilisations anciennes, à renverser la proportion, aujourd'hui existante, entre les lois civiles et les lois pénales : d'un côté, les rapports civils sont alors moins nombreux, moins compliqués qu'ils ne le deviendront plus tard; d'un autre côté, on ne distingue pas suffisamment à cette époque la violation de droit punissable de celle qui ne l'est pas; la séparation du droit civil et du droit pénal n'est pas nettement tracée.

de plus en plus. De quelques prescriptions sans liens et sans règles, on en arrive à un système complet et régulier de législation. Que voit-on, en effet, dans les Codes modernes? des articles édictant des peines par voie de dispositions générales qui englobent, sous une qualification unique, un grand nombre de délits. Les législations primitives procèdent autrement : elles sont *analytiques* et édictent, pour chaque cas spécial, une disposition spéciale.

47. Dans le développement historique du droit pénal, on peut distinguer trois conceptions ou formes typiques : 1° la conception *barbare,* durant laquelle les délits sont divisés en délits publics, punis de peines corporelles cruelles, et délits privés, poursuivis et réprimés par la victime ou sa famille ; 2° la conception *théocratique,* durant laquelle le délit, quel qu'il soit, est une atteinte à la constitution religieuse; 3° enfin, la conception *politique,* durant laquelle le délit est considéré comme une lésion de l'ordre social et la peine comme un moyen de la prévenir et de la réparer. Ces trois phases ne se rencontrent pas partout. L'évolution du droit pénal n'est absolument complète que dans l'Europe moderne. Du reste, le passage d'une période à l'autre, obéissant à la loi du progrès lent et continu des idées, ne se produit pas par révolution mais par évolution.

Chez tous les peuples, la vengeance privée, héréditaire et familiale, tirée de l'offenseur par l'offensé, paraît avoir été l'instrument dont s'est servi la société primitive pour sauvegarder l'ordre social (*Blutrache, Vendetta, Faida* ou *Fehde*). Le pouvoir n'intervient que pour régulariser cet instinct. On le voit limiter les représailles par la loi du talion, en empêchant que le mal à rendre ne dépasse, dans l'exercice de la vengeance, le mal éprouvé. On le voit, plus tard, encourager d'abord, rendre obligatoires ensuite, des *compositions pécuniaires,* qu'il force l'offenseur à payer, l'offensé à recevoir. Par ce procédé, le pouvoir rétablit la paix privée entre les familles; il protège l'offenseur contre tout ressentiment, mais à la charge par lui, de payer à l'autorité le prix de cette protection (*fredum, bannum*). Les intéressés, qui violent le *pacte de paix,* sont mis hors la loi et traités en outlaws. A ces époques, les sociétés humaines

ne connaissent que l'offense individuelle, amenant la réparation individuelle du dommage, mais ne donnant à la communauté aucun droit de répression. C'est la crainte de la vengeance qui sert de frein à l'activité malfaisante; mais, le plus souvent, les représailles effectives sont écartées moyennant une indemnité ou composition; puis, par l'action de la coutume ou de la loi, cette composition, dûment tarifée, s'impose. Cependant, des peines proprement dites, consistant, le plus souvent, dans la mort ou dans des mutilations, frappent certains crimes contre les êtres vénérés, la tribu et la divinité. Telle paraît avoir été partout la première phase de l'humanité. Nous constatons ces usages dans les lois de Moïse, dans les livres d'Homère, dans les coutumes primitives de Rome, chez les Gaulois et les Slaves. Mais c'est dans le droit pénal germanique qu'on trouve, sous sa forme la plus complète, le système de la vengeance privée. Il ne faudrait pas croire enfin que cette conception ait été particulière aux peuples de race aryenne, car nous voyons, au témoignage des voyageurs, que, chez certaines peuplades de l'intérieur de l'Afrique, chez les Aschantis, chez les Touaregs, par exemple, c'est encore par une composition pécuniaire qu'on se rachète d'un meurtre [1].

[1] Comp. : L. Proal, *Origine de la justice pénale* (*Rev. gén. du droit*, 1890, p. 290 à 306 ; Lubbock, *Les origines de la civilisation*, trad. Barbier (Paris, 1873, p. 459, 460) ; Throssen, *op. cit.*, p. 75, note 3 ; De Valroger, *Les Celtes et la Gaule celtique*, p. 181. — Nous constatons ces usages dans les lois de Moïse (*Lévitique*, chap. xxiv, v. 19 ; *Exode*, chap. xxi, v. 28) ; dans les livres d'Homère (*Iliade*, liv. IX, vers 632) : Homère nous montre, re-

C'est en partant de l'idée du dédommagement particulier que les sociétés humaines aboutirent progressivement au principe de la justice sociale, telle qu'elle est exercée aujourd'hui. Une première étape fut parcourue sous l'influence religieuse. On sait que les premiers civilisateurs furent des prêtres; seuls, ils eurent assez de puissance pour s'emparer de la direction des instincts de l'homme, et substituer, à la notion de la vengeance privée, la notion de la vengeance divine. Durant la période théocratique, que l'on retrouve dans l'histoire de presque tous les peuples, la jurisprudence fit partie de la catégorie des sciences sacrées, et les prêtres, à peu près seuls chargés des fonctions de juges, furent ses dépositaires et ses interprètes naturels. Alors, le délit, quel qu'il soit, est une atteinte à la constitution religieuse, et la pénalité, qui est destinée à l'expier, revêt un caractère symbolique et sacré. C'est dans l'Orient mystique et cruel, dans les lois de l'Inde, de la Chine, de l'Iran, de la Judée[4], de l'Égypte et de Carthage, dans ce que nous connaissons des civilisations mexicaine et péruvienne, enfin dans les coutumes gauloises, que se rencontre nettement cette conception religieuse du délit[5].

Plus tard, le droit répressif sort de la théocratie et devient humain (*jus humanum*). L'idée de l'État, idée abstraite, dans laquelle se personnifie l'intérêt de tous, se dégage; et l'État comprend que le délit cause une lésion au peuple tout entier; il comprend qu'une réparation sociale est aussi nécessaire qu'une réparation privée. Cette phase de développement se retrouve

des compositions. — Cfr. également : H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *L'antiquité des compositions pour crime en Irlande* (*Revue historique*, 1887, p. 67).

[4] La loi mosaïque a eu une influence considérable sur le droit pénal du moyen âge. Cfr. H. MEYER, *Lehrbuch*, p. 20.

[5] Comp. CHASSAN, *Revue étrangère et française de législation*, 1843, t. X, p. 920. La peine, comme le fait remarquer FILANGIERI, *Science de la législation*, liv. III, chap. XI (trad. franç. 1840, t. I, p. 42 et 43), se présente partout avec le caractère expiatoire d'une lamentable prière adressée à la divinité, d'une supplication, *supplicium*. Le coupable est une victime dévouée aux Dieux. L'échafaud, ainsi que l'a dit de nos jours Joseph de Maistre, est un autel dressé sur la place publique.

dans les deux grandes civilisations anciennes; elle s'achève dans l'histoire des peuples modernes.

En Grèce, si l'on remonte aux origines, l'empreinte orientale est encore profonde dans le droit pénal. A Athènes, par exemple, les lois relatives à l'homicide sont de vieilles coutumes, encore mélangées de rites religieux. Mais la Grèce ne persiste pas dans cette conception du délit. L'État ou la Cité qui, dans la vie sociale, est appelé à être l'organe du droit, apparaît confusément comme l'objet de la protection pénale[6]. Le caractère public, je dirai même le caractère politique du droit criminel, tend à s'accentuer dans la civilisation romaine. On rencontre, il est vrai, dans son histoire, les trois phases du développement pénal; mais les Romains, plutôt et mieux que les autres peuples de l'antiquité, se sont affranchis soit de la conception privée, soit de la conception religieuse du délit, dont il reste simplement des traces dans les textes des lois qui nous sont parvenus. Puis, les évolutions de l'histoire font reparaître, au milieu des peuples civilisés, le système de la composition qui avait à peu près disparu de leurs coutumes. Ce sont les Germains dont l'intervention, dans le monde civilisé, amène ce « recommencement » de l'histoire et ce retour à l'antique barbarie. Mais, bientôt, l'idée de justice suit son développement, un moment arrêté, et malgré l'invasion violente d'un droit propre aux anciens hommes, le droit propre aux hommes civilisés reprend le dessus. L'idée de la composition disparaît la première du droit pénal des peuples du moyen âge, mais l'idée religieuse, ravivée par le christianisme, se perpétue, du reste affaiblie et épurée, jusque dans les lois des peuples modernes.

davantage du point de vue subjectif; le droit germaniqne a considéré surtout la matérialité du délit; il s'est préoccupé du point de vue objectif. Le droit canon a profité d'abord des idées chrétiennes : il a admis l'égalité de tous devant la loi pénale; il a cherché, dans la peine, un moyen d'améliorer le coupable; il a introduit la trève de Dieu et ouvert les asiles. Mais il est tombé dans l'erreur orientale; il a fait de l'infraction une offense envers la Divinité et de la peine un moyen d'expiation et de réconciliation avec elle. C'est le mouvement philosophique du XVIIIe siècle qui, en recherchant les titres du droit pénal, a fait nettement apparaître cette idée que l'une des bases du droit social de punir est la protection de l'ordre et que le but de la peine est d'assurer cette protection. La législation pénale moderne, fille de cette philosophie, repose essentiellement sur cette base.

§ IX. — LE DROIT CRIMINEL FRANÇAIS[1]

48. Sources du droit criminel français. — **49.** Les trois périodes de son histoire.

48. Au cinquième siècle de l'ère chrétienne, se sont rencontrés, sur le sol de la Gaule, deux droits complètement différents et pourtant issus de la même origine, puisque la race germanique, les races romaine et gauloise paraissent être des branches détachées de la grande souche aryenne : le droit *germanique,* encore dans son enfance, et le droit *gallo-romain,* dans son complet développement. C'est par le christianisme et sous l'influence du droit canonique, que s'opéra, durant l'espace de quatorze siècles, la fusion de ces deux éléments. Christianisme et Germanisme, ce sont là les deux facteurs historiques du moyen âge. Les grandes périodes de ce travail incessant de législation

§ IX. [1] BIBLIOGRAPHIE : DUBOYS, *Histoire du droit criminel en France depuis le XVIe jusqu'au XIXe siècle* (1874); ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au XVIe siècle* (Gand, 1868); MAURY, *L'ancienne législation criminelle* (*Revue des Deux-Mondes,* 1877, 15 sept. et 1er octobre); ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France* (1882).

se personnifient dans les noms : de Charlemagne, qui crée une première unité, par ses Capitulaires, au milieu des institutions confuses des temps barbares, et qui organise un pouvoir fort, capable de protéger l'individu; de Louis IX et de Louis XI, qui luttent contre l'organisation de la féodalité, comme avait lutté Charlemagne contre l'organisation des tribus barbares. Puis, au seizième siècle, la jurisprudence s'empare de tous les documents épars de notre droit : aidés par le droit romain, dont les recueils, remis en lumière, sont enseignés et commentés partout, nos grands jurisconsultes travaillent à mettre de l'*unité* dans toutes ces lois diverses et à élever l'édifice de la législation française. Louis XIV pourra, après ce travail préparatoire, créer ces ordonnances générales, parmi lesquelles marque l'ordonnance criminelle de 1670, qui sont les fragments épars d'un Code général des lois françaises; et Pothier n'aura qu'à codifier notre législation et à l'expliquer dans ses immortels traités. La Révolution achèvera l'unité législative, comme l'unité nationale. Notre droit est donc né d'une lutte de quatorze siècles : son caractère propre n'est pas d'avoir éliminé, mais d'avoir combiné les éléments divers qui le composent, de s'être approprié ces matériaux par un travail puissant d'assimilation, de leur avoir donné un caractère impersonnel, qui a permis à la plupart des nations de l'Europe de l'adopter.

49. Il est facile de comprendre que l'histoire de notre droit criminel, comme l'histoire de notre droit privé, a trois périodes principales :

La période de *formation*, pendant laquelle les trois sources de notre droit, les sources romaine, germanique et canonique,

nel au point de vue seulement de son système d'incrimination et de pénalité. J'étudierai sous trois paragraphes : 1° les sources, c'est-à-dire le droit romain, le droit germanique, le droit canonique; 2° l'ancien droit pénal français; 3° le droit de la Révolution française.

§ X. — LES SOURCES. LE DROIT ROMAIN. LE DROIT GERMANIQUE. LE DROIT CANONIQUE

50. Division. — **51.** Droit pénal romain. Influence et sources. — **52.** Distinction des *crimina publica* et des *delicta privata*. — **53.** *Crimina publica*. — **54.** *Crimina extraordinaria*. — **55.** Comparaison entre le droit pénal romain et le droit pénal germanique. — **56.** Droit pénal germanique antérieur à l'invasion. — **57.** Droit pénal germanique postérieur à l'invasion. — **58.** Conséquences diverses de la confusion que fit le droit germanique entre le point de vue pénal et le point de vue privé. — **59.** Droit canonique. Son action sur la pénalité. — **60.** Son action sur le développement des incriminations. — **61.** Sources du droit pénal canonique.

50. Le droit pénal français a puisé ses principes à trois sources principales : le droit romain; le droit germanique; le droit canonique. Quels étaient les caractères principaux de chacune de ces législations?

51. *Droit pénal romain*[1]. — Le droit pénal romain a exercé,

§ X. [1] Sur l'histoire du droit romain : Rein, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus* (Leipzig, 1844); Geib, *Geschichte des römischen Kriminalprocesses bis zum tode Justinians* (Leipzig, 1842); Zumpt, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, 1865; Rudorf, *Römische Rechtsgeschichte*; Walter, *Geschichte des römischen Recht*, buch V; *Verbrechen und Strafe*. Cette partie a été traduite par Picquet-Damesme, sous le titre : *Histoire du droit criminel chez les Romains* (Paris, 1863); Laboulaye, *Les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats* (Paris, 1845); de Valroger, *Esquisse du droit criminel des Romains* (*Revue critique*, 1860, t. XVI, p. 369, 400 et 519); Labatut, *Essai sur le système pénal des Romains* (*Rev. crit.*, 1874, p. 630; 1875, p. 605, 709 et 757); Mayne, *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome* (*Nouv. rev. hist.*, 1882, t. VI, p. 1 à 34); Faustin Hélie, *Le droit pénal dans la législation romaine* (*Rev. crit.*, 1882, t. XI, p. 27 à 42; p. 100 à 117);

sur le droit pénal français, une double influence : une *influence indirecte,* car il a servi de base à la législation canonique qui est entrée, pour une si large part, dans la formation de notre droit pénal; une *influence directe,* soit en inspirant certaines dispositions des lois barbares, des coutumes féodales ou des ordonnances royales, soit en fournissant aux légistes le moyen de plier, aux usages et aux choses de leur temps, les solutions qu'ils trouvaient dans un corps de droit scientifiquement ordonné[2]. Sans doute, les jurisconsultes romains n'ont pas traité le droit criminel avec cette supériorité sans égale qu'ils ont apportée dans l'organisation et l'analyse des rapports de droit privé. Trois choses caractérisent cependant leur œuvre, même aux époques de décadence. 1° D'un côté, c'est l'importance qu'ils ont donnée à l'intention criminelle, et la finesse avec laquelle ils ont analysé la notion du dol (*dolus*) et de la faute (*culpa*)[3]; 2° D'un autre côté, c'est la grande étendue des conceptions pénales les plus importantes, l'*injuria,* le *falsum,* le *furtum*[4], etc., et la précision, comme la généralité, avec laquelle ils définissent ces infractions, de manière à y faire rentrer, comme sous autant de têtes de chapitres, les rapports délictueux les plus divers et les plus variés; 3° Enfin leur droit pénal est bien l'expression de

P. Pernice, *M. Antistius Labeo* (1878), t. I, p. 214 et suiv.; t. II, p. 1 et 23, 231 et suiv.; 372 et suiv.; E. Capobianco, *Il diritto penale di Roma* (Florence, 1894).

[2] A ce point de vue, il est à remarquer que la jurisprudence, au moyen âge, fit, dans l'interprétation pénale, une confusion, qui n'a pas toujours été regrettable, entre les principes applicables aux *delicta privata* et ceux applicables aux *crimina.*

[3] Les Romains ont, en effet, rattaché la responsabilité, moins aux conséquences de la faute qu'à la faute elle-même. Cette idée se manifeste particulièrement dans la manière dont ils traitent la tentative qui fut assimilée, dans beaucoup de cas, au délit consommé. Voy. Paul, *Recep. sent.,* V, 23, 3; L. 1, §§ 3 *id., Ad legem Corneliam de sic.*; L. 7, L. 14, L. 5, *princ.* C. *Ad legem Juliam majestatis.*

[4] On lira pour s'en convaincre : sur l'*injure* romaine, Pernice, *Labeo,* t. II, p. 6 et suiv.; sur le *vol,* Albert Desjardins, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain* (1881, Paris, Durand et Pedone-Lauriel).

l'autorité de l'État, investi de la protection de l'ordre public; le délit est bien considéré comme une offense publique et la peine comme un acte de réaction sociale.

Les sources du droit pénal romain se trouvent surtout dans les livres 47 et 48 du Digeste, nommés, par Justinien lui-même : « *Libri terribiles* », et dans le livre 9 du Code.

Elles se composent d'un ensemble de dispositions, dérivant de périodes bien diverses, inspirées par des idées bien différentes, et auxquelles manque certainement l'*unité*[5]. Du reste, les nombreux fragments, qui se réfèrent au droit pénal, pourraient être distribués entre quatre groupes : les lois de Sylla, celles de César, celles d'Auguste, celles des empereurs chrétiens. Chacun de ces groupes a une physionomie particulière. Mais, c'est dans la première catégorie que se trouvent plus spécialement les bases fondamentales du droit pénal romain[6].

52. Aussi haut que nous puissions remonter dans son histoire, nous voyons le droit romain séparer des faits illicites, qui, selon l'expression usitée, étaient qualifiés « *delicta privata*[7] », parce qu'ils ne donnaient lieu qu'à une action pénale privée, d'autres faits illicites, qui formaient l'objet du droit pénal pro-

[5] Un exemple rend cette idée saisissante. Quel est le but de la peine? Sur cette question fondamentale, vous trouvez, dans les textes du droit romain, les réponses les plus différentes. L. 1, D. *De verborum significatione : Pœna est noxæ vindicta*. L. 1, D. *De just. et jure : Non solum metu pœnarum*. L. 6, § 1, *in fine*, D. *De custodia reorum : Ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur*. Nov. 57, chap. V : *Ut unius exemplum, alios omnes faciat salvos*. L. 28, § 15, D. *De pœnis : Ut solatio sit cognatis interruptorum*. L. 20, D. *De pœnis : Pœna constituitur in emendationem hominum*. Les principaux systèmes sur le fondement du droit de punir pourraient donc retrouver leur origine dans les textes du droit romain.

[6] Le droit pénal romain a toujours été sous la dépendance de la procédure pénale. Les Romains, comme les Anglais de nos jours, ont toujours attaché, aux règles de la poursuite et à l'organisation des juridictions pénales, une importance décisive. Aussi, la division ordinairement suivie dans l'exposé historique des évolutions du droit pénal romain est celle des transformations des institutions judiciaires répressives : 1° droit antérieur aux *quæstiones perpetuæ*; 2° droit des *quæstiones*; 3° droit depuis leur abandon.

[7] *De privatis delictis*, Dig., 47, 1.

prement dit, et qui, compris sous la dénomination générique de *crimina*, donnaient lieu à de véritables peines, corporelles ou autres, dont la partie lésée ne profitait pas. Les *delicta privata*, tels que le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria*, ouvraient une action *privée*, dite *pénale*, parce qu'elle tendait à faire obtenir à la victime du délit une somme d'argent, représentant parfois le simple préjudice qui lui avait été causé, mais souvent aussi le *double*, le *triple*, le *quadruple* de ce préjudice[8]. Trois caractères ont toujours séparé ces deux catégories de faits et d'actions : 1° Dans le *delictum privatum*, c'est à la personne lésée seule qu'appartient le droit, soit de poursuivre la réparation, soit de faire prononcer la peine pécuniaire. Dans le *crimen*, le droit de porter et de soutenir l'accusation appartient à tout citoyen; 2° Dans le premier cas, l'action est intentée et suivie d'après les formes et les règles de la procédure civile; dans le second, d'après les formes et les règles de la procédure criminelle; 3° Le résultat de la poursuite, la *pœna*, appartient, dans le *delictum privatum*, à la victime ou à ses héritiers; dans le *crimen*, la peine est infligée au nom de la société.

Probablement, à l'origine, ces actions pénales existaient seules, comme conséquence unique des délits contre les personnes. On dut admettre, en effet, à une époque reculée, le droit de la victime ou des parents de la victime de se venger de toute « injustice ». Puis le pouvoir social, pour mettre fin aux guerres privées, conséquence d'un pareil système, dut limiter, par la loi du talion, la mesure du mal à rendre, encourager d'abord des compositions pécuniaires entre les parties et, plus tard, les rendre obligatoires, en ouvrant, dans tous les cas, à la

Telle paraît être l'origine de ces actions pénales *ex delicto* qui, par suite de la tendance des Romains à conserver leurs anciens usages, persistèrent à travers toutes les phases de la législation. La douceur relative de ce système primitif[10] s'explique, du reste, lorsqu'on tient compte des trois observations suivantes : 1° à l'amende du double, du triple, etc., s'ajoutait, dans la plupart des cas, la peine d'*infamie*, grosse de conséquences pour les citoyens romains; 2° de plus, en cas de refus de payer, une peine publique intervenait et sanctionnait ainsi la peine privée; 3° enfin, la responsabilité sociale était complétée, soit par le *judicium domesticum*, la juridiction du père de famille, importante à constater surtout lorsqu'il s'agissait du fils de famille et de l'esclave, soit par l'intervention des censeurs, dont la juridiction disciplinaire (*notatio censoria*) exerça, pendant longtemps, une si grande influence sur les mœurs publiques (*magister pudoris, causa timoris*)[11].

un écho traditionnel, dans le fait que le meurtre du meurtrier ou de quiconque lui donne aide et protection, pour les proches de la victime, est déclaré excusable (PLUTARQUE, *Romulus*, 23, 24). Mais, déjà, la légende proteste contre ce principe; et, à notre sens, la vengeance privée a été abolie de bonne heure dans Rome, grâce à l'énergique intervention du pouvoir central... Jamais on ne voit, chez les Romains, tenir pour légalement nécessaire ou permise, la justification des prétentions des parties par le combat à main armée, par le combat judiciaire, si fréquent en Germanie ». Ce sentiment n'est pas absolument partagé par IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. I, p. 138.

[10] A l'époque primitive où nous transportent les origines de ce système, le droit pénal est tout entier dans l'impérieuse nécessité de se défendre contre un ennemi dangereux. La vengeance et les représailles qu'exerce la victime sont, en définitive, un puissant moyen d'intimidation, en même temps que le rétablissement de l'ordre troublé. C'est donc la double préoccupation de la défense sociale et de la réparation du préjudice causé qui domine dans ces premiers essais de législation pénale. De là, l'existence parallèle, de peines rigoureuses pour les infractions les plus graves, alors que de nombreux délits sont laissés dans le droit civil et abandonnés à la poursuite de la victime. Aussi les positivistes professent-ils beaucoup d'admiration pour cette conception. Et ils considèrent comme un progrès à rebours l'intervention de l'idée de justice et la grande importance que le droit romain classique attache à la volonté (*voluntas spectatur non exitus*).

[11] Cfr. JARCKE, *Censorisches Strafrecht* (Bonn, 1824).

53. Mais, parallèlement au système de la vengeance individuelle et de son produit historique, la *peine privée,* l'histoire du droit romain nous présente, de bonne heure, l'origine et le développement d'un droit pénal proprement dit. Du reste, chez les Romains, comme chez presque tous les peuples, il revêt d'abord un caractère religieux. Convaincus que certains actes coupables attirent la malédiction et les châtiments du ciel sur le malfaiteur et même sur la tribu à laquelle il appartient, les anciens Romains demandent, au nom de l'intérêt public, que les grands crimes, soit contre l'État, soit même contre les particuliers, fassent l'objet d'une expiation religieuse (*supplicium*). Ils déclarent coupables de *perduellio*[12] l'auteur de tout méfait dont la gravité paraît appeler la vengeance publique; ils consacrent aux dieux irrités la tête du coupable (*sacratio capitis*); ils emploient ses biens à des sacrifices et à des prières publiques (*supplicationes*). Du reste, les faits pour lesquels le coupable était déclaré *sacer* avaient trait, plutôt aux intérêts de la famille et de la communauté, qu'aux intérêts religieux. Ni l'apostasie, ni l'inobservation des fêtes religieuses, ni le blasphème n'ont été menacés de mort. Est *sacer,* par exemple, le patron qui viole le devoir de fidélité envers son client, le fils qui maltraite son père et celui qui, suivant une loi attribuée à Numa, déplace les bornes (*qui terminos exarasset*). La mort même du voleur de nuit, que les XII Tables *suspensumque Cereri necari jubebant,* recevait de cette conception une plus grande énergie pour la protection de la propriété, sans que le délit commis par le malfaiteur eut, à un point de vue quelconque, un caractère religieux. Abstraction faite des peines

provocatio ad populum, et des *judicia publica,* pour juger certaines accusations, se dégage nettement et donne au droit pénal romain le caractère profondément politique qu'il a longtemps conservé. En effet, ce ne sont plus seulement les crimes de haute trahison qui vont motiver l'intervention populaire. Outre le meurtre d'un citoyen romain (*parricidium*)[14], la loi des XII Tables qualifie de *crimes capitaux,* non seulement l'incendie, le faux témoignage, la corruption et le vol à main armée (*furtum manifestum*), mais aussi certains cas déterminés d'injure (*occentare, carmen condere*)[15].

Il faudrait bien se garder de croire, du reste, que ces expressions « crimes capitaux », soient synonymes de « crimes punis de la peine de mort ».

Même dans les cas rares où la peine de mort était prononcée, elle se trouvait, en fait, remplacée par le bannissement (*aquæ et ignis interdictio*). Cette dernière peine, forme probablement adoucie de l'ancienne excommunication (*sacratio capitis*), fut considérée longtemps comme la sanction régulière de presque tous les crimes publics. Cette peine, ainsi que l'exil volontaire, par lequel le coupable échappait au jugement, nous fait toucher du doigt le caractère politique du droit pénal romain. Les *delicta publica* ou, suivant l'expression technique, les *crimina publica* reçurent une régulation plus complète dans une série de résolutions populaires (*leges*), qui apparurent dans la suite des temps, et qui, à côté de l'organisation de la procédure criminelle (*quæstiones perpetuæ* ou *publicæ*), contenaient aussi des dispositions sur le droit pénal proprement dit. Les plus impor-

nues plus particulièrement dans la VIIIe table. On ne peut se livrer, du reste, à ce sujet, qu'à des conjectures. Cfr. VOIGT, *Die XII Tafeln* (2 vol., 1883).

[14] *Paricidum* ou *Parricidium.* FESTUS s'exprime ainsi : « *Parricida non utique is, qui parentem occidisset dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum : ita fuisse indicat lex Numæ Pompilii regis, his composita verbis : si qui hominem liberum dolo sciens mortem duit parricidas esto* ». Cfr. OSENBRÜGGEN, *Das altrömische Parricidium* (Kiel, 1841).

[15] Loi 9, D. 47. 9 ; GAÏUS, III, 189 ; GELLIUS, XX, 1 ; CICERO, *De Republica,* IV ; AUGUSTINUS, *De civitate Dei,* II, 9, 12.

tantes, parmi ces lois, sont dues à l'initiative de Sylla[16] : entre autres, une loi sur le meurtre (*Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*); une loi sur le faux (*Lex Cornelia de falsis*); et, enfin, la célèbre *Lex Cornelia de majestatis.* Plus tard, nous voyons apparaître : sous Pompée, la *Lex Pompeia de parricidiis;* sous César et sous Auguste, les lois *Juliæ repetundarum, majestatis, de vi*[17]. A cette institution, se rattache une évolution scientifique du droit pénal romain. Chaque commission judiciaire (*quæstio*) n'avait été établie que pour juger une espèce de crime; mais il fut bientôt de jurisprudence que sa compétence, quoique ainsi limitée, s'étendait à tous les faits de même nature et même à des faits différents lorsqu'ils étaient punis de la même peine. Chaque crime eut ainsi son Code, son tribunal distincts, sa procédure, et probablement aussi sa jurisprudence. La plupart des lois judiciaires ont un caractère prononcé de lois d'occasion; mais les principes directeurs des jurisconsultes, qui surent les inspirer et les commenter, permet d'établir entre elles un accord intime. On distingue facilement les groupes suivants : 1° les crimes des officiers publics, qualifiés de *crimen repetundarum* (*ambitus, crimen soladiciorum, crimen peculatus* et de *residuis*); 2° le *crimen majestatis* qui, peu à peu, a remplacé l'antique accusation de *perduellio;* la *vis publica* et *privata,* considérée sous un aspect spécialement politique et comme un trouble à l'ordre public; 3° le *plagium* ou rapt de personne (fréquent, à cause de l'esclavage et du servage de la glèbe, dans le droit romain successif et pendant le moyen âge jusqu'à la fin du XVI° siècle, mais bien rare dans notre temps), et le *falsum,* dont la conception pénale était très étendue; 4° les crimes de sang, *crimen sicariorum* et *veneficorum,* le *parricidium;* 5° les *injuriæ atroces* (*pulsare, verberare, domum vi introire*); 6° enfin l'*adulterium,* le *stuprum,* le *lenocinium,* l'*incestus;* ces faits ont été punis, pour la première fois, par la *lex Julia de adulteriis.* A tous ces groupes de crimes publics se superposent naturellement

[16] Cfr. ZACHARIÆ, *Lucius Cornelius Sulla, als Ordner des römischen Freistaates* (Heidelberg, 1834).

[17] Presque toutes ces lois font l'objet d'un titre au Digeste et au Code de Justinien.

les *delicta privata* qui, dans la période classique, ont reçu un développement nouveau de l'édit du préteur; et, comme transition entre les *crimina publica* et les *delicta privata,* naissent et se développent les actions populaires.

54. Le dualisme du droit pénal romain subsista, en théorie, jusqu'à l'époque Justinienne, mais, en fait, il fut, peu à peu, aboli dès l'Empire, à partir de l'époque où les fonctionnaires impériaux jugèrent directement eux-mêmes, sans suivre l'ordre judiciaire qui séparait le procès pénal, comme le procès civil, en deux actes et associait aux magistrats des citoyens-jurés (*extra ordinem*).

Sous la République, le point de départ, dans la répression, avait été l'arbitraire du magistrat. Il est vrai que, de bonne heure, cet arbitraire avait été corrigé ou paralysé, pour le citoyen romain, par le droit qui lui était reconnu d'en appeler au peuple (*provocatio ad populum*). C'est même dans cet appel au peuple que se trouve l'origine de ce système des *quæstiones perpetuæ* qui donna tant de précision au droit criminel et qui aboutit à l'inflexibilité des peines. Mais l'arbitraire, ainsi écarté pour le citoyen romain, resta illimité à l'égard du provincial. Ce dernier était vraiment livré à la discrétion du magistrat. Sous l'Empire, cette distinction entre citoyen et provincial s'atténua et disparut. Les jurys criminels tombèrent en désuétude et cessèrent de fonctionner, et tout pouvoir passa aux magistrats, pour juger au criminel, à Rome comme dans la province. Le bénéfice de l'appel jusqu'à l'Empereur fut étendu à tous, et les peines devinrent arbitraires. Les transformations subies par le droit pénal dans cette période sont donc l'effet de la transformation du pouvoir politique.

Dans le système des incriminations, trois choses caractérisent cette évolution : 1° C'est d'abord l'étendue du *crimen majestatis;* 2° C'est l'augmentation des délits sujets à persécution d'office; 3° Enfin, c'est la création des *crimina extraordinaria.* Un grand nombre de faits qui ne rentraient pas dans les cas prévus par les *leges publicorum judiciorum* furent poursuivis et punis d'office (*extra ordinem*) par les fonctionnaires impériaux. La liste en grossit de jour en jour : elle ne fut jamais

186053

close. On considéra, par exemple, comme *crimina extraordinaria,* des faits qui avaient longtemps appartenu à la catégorie des *delicta privata.* Il en fut particulièrement ainsi de cas nombreux dérivés du vol ou du stellionat. On finit même par admettre, dans la plupart des *delicta privata,* le choix entre l'action *ex delicto* du droit civil et l'*accusatio* extraordinaire[18].

Le système pénal se transforma complètement. A l'ancien bannissement (*aquæ et ignis interdictio*), sanction ordinaire, sous la République, des *crimina publica,* qui subsiste de nom seulement, sont substituées des peines, soit corporelles, soit privatives de liberté avec ou sans travail forcé, soit privatives d'honneur, soit privatives de biens. La division principale, émergeant des textes, est celle des peines capitales et non capitales. *a*) Les peines capitales, emportant une *capitis deminutio media,* c'est-à-dire la privation des droits de cité et de tous les autres droits auxquels sert de base le *jus civile,* sont la *deportatio*[19] et l'*opus publicum.* La *maxima capitis deminutio,* emportant l'esclavage de la peine, avec la privation du droit d'avoir un patrimoine, est la conséquence : de la *damnatio in metalla* (divisée, jusqu'à Constantin, en *pœna metalli* et *pœna operis metalli*); de la *damnatio ad ludum venatorium* et *ad ludum gladiatorium;* et enfin de la peine de mort sous la forme, tantôt de la simple *capitis amputatio, decollatio, gladii pœna,* tantôt des supplices de la *damnatio ad bestias* ou *ad furcam* (cette dernière remplaçant, depuis Constantin, le crucifiement), de la *vivi crematio,* de la *pœna culei* pour le parricide. *b*) Les peines non capitales afflictives sont : l'amputation de la main, la flagellation pour les esclaves, la fustigation pour les *humiliores.* Puis, la privation de liberté avec travail forcé, très vivement ressentie par les Romains comme par les autres peuples de l'antiquité, la *relegatio in insulam,* la confiscation et l'amende. Chose remarquable! la prison n'était pas prononcée à titre de peine, mais comme une simple mesure de garde ou mise aux

[18] L. 92, D. 47. 2 : *Meminisse opportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum qui agit, in crimen subscribere.* Comp. L. 45, D. 47. 10.

[19] Voy. HOLTZENDORFF, *Die Deportationsstrafe im römischen Alterthum* (Leipzig, 1859).

arrêts : *Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*[20].

En résumé, les caractères saillants du droit pénal des derniers temps de l'Empire romain, caractères dont héritera, plus tard, l'ancienne jurisprudence criminelle, sont l'*inégalité*, l'*arbitraire* et la *cruauté*. Pour le même délit, la peine est différente selon la condition sociale du coupable; et c'est au point de vue du droit criminel qu'apparaît une des conséquences juridiques les plus nettes de la distinction entre *honestiores* et *humiliores*. Les peines réservées aux seconds, épargnées aux premiers, sont, naturellement, plus dures et plus humiliantes. La répression est l'œuvre des fonctionnaires qui poursuivent et punissent suivant leur bon plaisir, et sans autre contrôle que celui résultant de l'organisation hiérarchique de l'Empire. Enfin, les peines corporelles prennent, de plus en plus, la première place dans le système pénal; la mort remplace l'exil comme procédé d'élimination des criminels dangereux.

55. *Droit pénal germanique*[21]. — Deux traits principaux distinguent l'esprit du droit pénal germanique de l'esprit du droit pénal romain : 1° l'absence presque complète du point de vue politique et social dans l'organisation de la pénalité, et la prédominance du point de vue individuel et privé; 2° l'importance attachée, pour mesurer la gravité du délit, aux conséquences préjudiciables qu'il peut avoir, non à l'intention de celui qui l'a commis.

Ces deux caractères persistent jusqu'à une époque déjà avancée du moyen âge, mais ils apparaissent surtout dans les coutumes qui ont immédiatement précédé et suivi l'invasion barbare.

56. Tacite, dans ce petit traité « *De moribus Germanorum* », un des chefs-d'œuvre de l'esprit humain, a tracé le tableau général des mœurs des tribus germaines au moment où va commencer l'influence de ce nouvel élément dans notre civilisation. Tous les travaux historiques et ethnographiques, qui ont été faits dans ce siècle sur la Germanie, ont confirmé l'exactitude de ce tableau. Nous pouvons donc l'accepter comme

[20] L. 8, § 7, D. 48. 20.

[21] Bibliographie : Wilda, *Das Strafrecht des Germanen* (1842, Halle).

fidèle. Or, dès cette époque, une distinction apparaît entre deux catégories de délits. Les premiers sont considérés comme atteignant la chose publique, qui, surtout en *temps de guerre*, a besoin de la protection sociale; ils sont punis d'une peine unique, la mort, infligée par des procédés cruels, après une sentence prononcée par l'assemblée de la tribu, sur la poursuite de tout citoyen[22]. Les seconds, comprenant la catégorie des délits contre les personnes, sont considérés comme une affaire privée entre l'auteur du délit et sa victime ou les parents de sa victime. La coutume consacre le droit de vengeance, héréditaire et solidaire, de la famille : *Suscipere tam amicitias quam inimicitias seu patris, seu propinqui necesse est*[23]. La conséquence du délit est donc la *guerre de famille*. Mais Tacite, surprenant un usage que l'on verra se développer surtout après l'invasion, ajoute : *Nec implacabiles durant : luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus : utiliter in publicum : quia periculosiores sunt inimicitiæ juxta libertatem*[24]. Ainsi, la coutume tend à substituer, à l'exercice de la vengeance qui met aux prises des familles et trouble la paix sociale, une satisfaction pécuniaire, dont une partie doit profiter à la cité ou au roi : *Equorum pecorumque numero convicti multantur. Pars multæ regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsolvitur*[25].

57. Les documents barbares, postérieurs à l'invasion, c'est-

[22] *Distinctio pœnarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt : ignaves et imbelles et corpore infames cœno ac palude, injecta insuper crate, mergunt.* Chap. XII. Le droit s'était donc élevé à la répression publique par la peine de mort. Mais il s'agissait alors de crimes contre la *civitas*, comme la trahison, ou de faits, comme les actes contre nature, qui pouvaient attirer sur le peuple entier la vengeance des Dieux. — L'élément religieux (l'expiation vis-à-vis des Dieux), n'est pas étranger au droit pénal germanique. Les prêtres, d'après Tacite (*Germ.*, VII), punissent en temps de guerre, « *velut Deo imperante* ». Le coupable, dans certains cas, doit être sacrifié aux Dieux. L. Fris. addit. chap. XII : « *Qui fanum effrigerit immolatur Diis quorum templa immolavit* ».

[23] Chap. XXI.

[24] Chap. XXI.

[25] Chap. XII.

à-dire les *lois,* les *capitulaires* et les *formules,* reflètent bien ces mœurs primitives. En les consultant, on remarque d'abord trois choses : 1° La part prépondérante qui paraît y être faite au droit pénal [26]. Ce qu'un peuple éprouve le plus pressant besoin de fixer et de soustraire à l'arbitraire de l'homme, ce sont les règles de la répression. Le droit civil peut être laissé à l'usage, mais il est nécessaire que l'on sache à l'avance ce qui est permis et ce qui est défendu; 2° Les dispositions de droit pénal qu'on y rencontre se rapportent surtout au *vol* et aux *violences contre les personnes,* c'est-à-dire aux faits qui intéressaient le plus l'ordre social naissant; 3° Le mode de légiférer est tout différent du mode employé chez les modernes. Aujourd'hui, nous procédons par dispositions générales, abstraites : dans ces codes primitifs, on procède par dispositions spéciales, minutieuses, détaillées.

Le nombre des délits réprimés par une peine publique augmente successivement. Non seulement le crime de *haute trahison,* mais encore l'*incendie,* le *vol dans les églises,* des cas graves de *pillage* et quelques cas particuliers d'*homicide* sont punis de peines corporelles, même de mort [27]. Mais, à l'exception des crimes contre la chose publique, on ne voit guère figurer, dans cette nomenclature, que des crimes au caractère lâche et infamant. Ce furent seulement les capitulaires qui réprimèrent, par des peines plus sévères, les actes de violence. Le meurtre simple (par opposition au meurtre commis de guet-apens), les coups et blessures, ainsi que les autres dommages corporels, restèrent longtemps une affaire particulière entre le coupable et sa victime. Le droit pénal, dans les idées germaniques, était une branche du droit privé. Les crimes et délits des hommes libres ne furent guère considérés que comme des atteintes à la vie ou à la propriété d'autrui, n'intéressant qu'in-

[26] Ainsi, dans la loi Salique, par exemple, on trouve 343 articles qui traitent de questions pénales, et seulement 65 qui traitent d'autres matières. Mais il s'agit, presque exclusivement, de la réglementation de la vengeance privée.

[27] THONISSEN, *Étude sur le droit criminel de la France : Les peines capitales dans la législation mérovingienne.*

directement la tribu. Sans doute, l'auteur de ces actes se mettait hors la loi et la paix publique, et le premier venu pouvait le tuer ou le blesser impunément. C'était même la seule conséquence de son crime, lorsqu'il se dérobait au jugement par la fuite ou le refus de comparaître. Mais, s'il se soumettait au jugement, le tribunal, sur la demande de la victime, accordait une *satisfaction,* qui se résolvait en une somme d'argent déterminée : de ce que la parenté mécontente était satisfaite et la paix rétablie, les traces du mal paraissaient effacées et le délit racheté. Cet usage de la *composition* était si bien entré dans les habitudes, que le montant en fut réglementé par les droits populaires primitifs [28].

L'argent de la défense, en cas de meurtre (*wergeld*), l'amende (*busse*), pour les différents cas de blessures corporelles, furent très minutieusement gradués. On dressa des tableaux, où chaque crime eut son tarif spécial. Tantôt, on tint compte, pour l'établir, de l'âge, de la nationalité, de la condition de la victime; tantôt, on se basa sur la gravité des blessures ou même l'importance de l'organe atteint. Toutes les lois barbares sont, à ce point de vue, d'une précision et d'une finesse d'analyse remarquables. Du reste, le *wergeld* et l'amende, en conservant leur caractère principal d'indemnité, destinée à prévenir la vengeance de la partie offensée, se rapprochèrent bien, quant à leurs effets, d'une véritable peine, mais d'une peine privée. Le caractère pénal s'accentua, du reste, lorsqu'on obligea le coupable à payer au roi et à la justice l'argent de la paix (*fredum* ou *fredus*), appelé, mais plus tard, *wedde* ou *gewede*. Déjà mentionné par Tacite, cet « argent de la paix » acquit, de plus en plus, une double signification : il servit à la fois d'expiation pour le coupable et de prime pour la justice. Quand le pouvoir se fut fortifié, cette sorte d'amende devint obligatoire dans un grand nombre de cas : ce fut le *bannus, bannus regius,* dont le montant était, en général, fixé à soixante *solidi*. Le domaine du droit pénal se trouva, par cela même, agrandi, et la répression assurée. Le pouvoir se fit, de plus en plus,

[28] Les compositions représentaient des sommes relativement élevées.

l'auxiliaire de la victime dans une poursuite dont il partageait avec elle les bénéfices. Les chefs intervinrent, ainsi, dans le règlement de ces traités de paix, à trois points de vue : 1° pour rendre l'acceptation de la composition obligatoire; 2° pour punir ou mettre hors la loi l'offenseur qui ne l'offrait pas ou ne la payait pas; 3° pour faire respecter le traité de paix par l'offensé, après acceptation de la composition. En sorte que Montesquieu a pu dire : « Chez ces nations violentes, rendre la justice n'était autre chose qu'accorder à celui qui avait fait une offense, sa protection contre la vengeance de celui qui l'avait reçue et obliger celui-ci à recevoir la satisfaction qui lui était due; de sorte que, chez les Germains, à la différence de tous les autres peuples, la justice se rendait pour protéger le criminel contre celui qu'il avait offensé [29] ».

58. Cette manière de considérer la plupart des délits contre les personnes et les propriétés a donné au droit germanique une physionomie et un caractère particuliers. De cette confusion entre le point de vue pénal et le point de vue civil, sont nées, en effet, trois règles, dont l'influence a été profonde sur le développement de notre ancien droit français : 1° De même qu'il importe peu, dans l'appréciation du délit civil, que l'auteur d'un fait préjudiciable et illicite ait agi par dol ou par simple faute, puisqu'on se préoccupe exclusivement du préjudice qu'il a causé pour en organiser la réparation, de même on ne tint pas compte, pour calculer le *wergeld* et le *fredus*, de l'intention du coupable; qu'il ait commis le fait volontairement ou par négligence, le *wergeld* et le *fredus* n'en étaient pas moins dus et dans les mêmes conditions [30]; 2° On ne paraît même pas s'être enquis de l'état intellectuel du délinquant au moment du crime. Cette considération, qui est de si grande importance dans le droit moderne, reste à peu près étrangère au droit pénal germanique; 3° Conformément, enfin, aux règles du droit civil, on ne se préoccupe des faits délictueux qu'en cas

[29] *Esprit des lois*, liv. XXX, chap. xx.

[30] Lex Angl., X, 8 : *Qui nolens, sed casu quolibet, hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam solvat.*

de dommage consommé ; on ne punit donc pas la *faute* en elle-même, on la punit dans ses conséquences préjudiciables. La tentative, qui n'a causé aucun préjudice, échappe ainsi à la répression. En résumé, tandis que les Romains s'attachent surtout à l'*intention* pour caractériser la gravité du crime, les Germains s'attachent aux suites dommageables qu'il a pu causer. Tel est bien le caractère distinctif qui sépare les conceptions que se firent ces deux peuples du but et du caractère de la pénalité.

59. *Droit pénal canonique*[31]. — Le droit pénal de l'Église a eu, sur le développement du droit pénal séculier, une influence considérable. On sait que les juridictions ecclésiastiques attirèrent, dans la sphère de leur compétence, tous les procès qui, de près ou de loin, touchaient aux intérêts religieux. Beaucoup de crimes devinrent ainsi de leur ressort. Au premier rang, il faut citer les crimes commis dans les lieux saints, églises, monastères, chapelles et cimetières[32] ; les sacrilèges, c'est-à-dire la profanation des choses saintes, la violation des droits de l'Église, le pillage ou le détournement des biens ecclésiastiques[33] ; les crimes contre la foi, hérésie, sorcellerie, magie[34] ; le blasphème[35] ; la simonie[36] ; l'adultère[37] ; l'usure[38] ; le parjure, etc.

Ces crimes étaient portés au *forum* ecclésiastique et soumis

[31] Bibliographie : Paul Fournier, *Les officialités au moyen âge* (Paris, 1880); Lönings, *Geschichte des Kirchenrechts*, 1878; Stintzing, *Geschichte der popularen Litteratur der römisch-Kanonischen Rechts in Deutschland*, 1867.

[32] Beaumanoir, XI, 13 et suiv.

[33] Beaumanoir, XXV, 24.

[34] Les crimes contre la foi furent toujours réservés à l'Église ; elle en connaissait par ses tribunaux ordinaires ou par le tribunal extraordinaire de l'Inquisition. Le juge séculier prononçait telle peine qu'il jugeait convenable contre l'individu reconnu hérétique. Ordinairement, c'était la peine du feu. Cfr. Beaumanoir, XI, 2 ; *Établissements de saint Louis*, I, 85.

[35] Le blasphème était réprimé par le pouvoir ecclésiastique et le pouvoir séculier.

[36] La simonie consistait à vendre les choses spirituelles.

[37] L'adultère a d'abord été réprimé par les deux ordres de juridictions, les juridictions laïques, les juridictions ecclésiastiques. Puis, à partir du XIVe siècle, le roi réclame pour lui seul la répression de ce crime.

[38] L'usure fut considérée comme un crime mixte. Mais, partout et toujours, les juges d'église le poursuivirent avec acharnement.

à un jugement qui se distinguait du jugement séculier, non seulement par un examen plus approfondi de la *culpabilité*, mais encore par un tout autre genre de *répression*. Tandis que, dans la plupart des cas, le droit séculier d'alors ne considérait, pour apprécier la gravité du délit, que les conséquences matérielles, le préjudice palpable qu'il avait causé, l'Église comprit qu'il convenait mieux à la mission particulière dont elle avait conscience, de rechercher l'*intention coupable* et d'apprécier la gravité du délit en mesurant la *faute* elle-même, le *péché*. Aussi, tandis que les pénalités laïques consistaient ordinairement dans une réparation en argent, ou bien, lorsque des peines corporelles intervenaient, dans la mort ou la mutilation du coupable, l'Église procédait par des *expiations* ou des *censures*. Sans doute, les peines canoniques conservaient un caractère extérieur et symbolique qui était bien dans les idées du temps, mais leur nature même montrait, dans une certaine mesure, que la peine n'était qu'un moyen de corriger le coupable[39]. Dans le droit canon, par conséquent, nous trouvons, à côté de l'idée générale de *réparation* ou d'*expiation*, qui prend la forme religieuse de la réconciliation avec Dieu, une pensée d'*amélioration* du criminel, comme but et effet de la pénalité. Sans doute, la peine d'excommunication, dont il fut fait un si fréquent usage, exclut toute pensée d'amélioration ou de réconciliation ; mais elle équivaut à une rupture du criminel avec la société religieuse et n'est employée que dans les cas les plus graves, comme une sorte de procédé moral d'élimination de celui qui ne doit plus faire partie désormais de la société religieuse.

Le principe de l'égalité de tous les hommes devant Dieu, qui est à la base de la doctrine chrétienne, pénétra profondément le droit canonique, et l'Église, dans sa pénalité, n'eut aucun égard à la qualité des personnes[40]. La première[41], elle pro-

[39] La division principale des peines d'église, en *pœnæ vindicativæ* et *pœnæ medicinales* est très expressive à ce point de vue. Voy. Guizot, *Histoire de la civilisation en Europe*, 6e leçon, p. 169.

[40] Can. 6, causs. 26, qu. 7 : *Sacerdos pœnitentiam imploranti absque personarum acceptione pœnitentiam secundum leges injungat.*

[41] Il ne faudrait pas faire honneur au droit romain du principe de l'égalité

clama ce principe de l'égalité devant la loi, admis aujourd'hui par toutes les constitutions modernes.

Les tribunaux ecclésiastiques n'appliquaient que très rarement eux-mêmes des pénalités sanguinaires (*Ecclesia non sitit sanguinem*); ils livraient généralement le coupable, après une instruction approfondie, au tribunal séculier (le *bras séculier*), ce qui avait ordinairement pour conséquence l'application des formes les plus horribles de la peine de mort [42].

60. L'action de l'Église s'exerça, d'un autre côté, pour étendre le domaine du droit pénal. C'est par son intervention que le droit du moyen âge fut amené à punir, non seulement les crimes contre les personnes et contre l'État, mais encore les violations graves de la morale naturelle, les « *delicta carnis* ». C'est elle qui arma le bras séculier contre les crimes religieux, la sorcellerie, la magie, le blasphème, l'hérésie, qui constitue le crime politique de l'Église [43] : c'est pour ces infractions qu'elle réserva toutes ses rigueurs.

61. Le droit pénal canonique est principalement contenu dans le cinquième livre de la collection des Décrétales du *Corpus juris canonici* [44], qui reproduit, d'une manière évidente,

de tous devant la loi pénale. Le droit romain établissait des peines diverses pour les grands (*honestiores*) et pour les humbles (*humiliores*), ainsi que nous l'avons dit.

[42] L'Église ne paraît pas être restée ferme dans le sentiment chrétien de répugnance pour la peine de mort et les peines corporelles. Mais il faut remarquer que, sur ce point, l'esprit chrétien fit des concessions à l'esprit judaïque.

[43] L'Église se montrait très sévère pour le crime d'hérésie. Ce crime une fois constaté par le tribunal ecclésiastique, l'hérétique était frappé d'excommunication et détenu dans une prison solitaire jusqu'à ce qu'il eut abjuré son erreur. S'il persistait, ou retombait dans l'erreur, l'accusé était livré au juge séculier qui le condamnait à être brûlé vif : « En tel cas, doit aider la laie justice à Sainte Eglise, car quand aucun est condamné comme bougre (hérétique) par l'examination de Sainte Eglise, le doit abandonner à la laie justice, et la justice laie le doit ardoir, parce que la justice espirituel ne ne doit nului metre à mort ». Beaumanoir, chap. XI, n° 2.

[44] Divers conciles et l'usage des églises établirent, pour certaines fautes, des peines déterminées : il se fit ainsi une sorte de jurisprudence pénale ecclésiastique. Elle fut codifiée dans des *Livres pénitentiaux*, encore nom-

dans la série de ses titres, la série des commandements du Décalogue.

§ XI. — DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS AVANT LA RÉVOLUTION

62. Disparition successive du système de la composition. — **63.** L'idée nouvelle de la vengeance publique. — **64.** Absence de codification pour l'ancien droit pénal français. Arbitraire des peines. — **65.** Système des incriminations. Crimes de lèse-majesté divine et humaine. Crimes contre les particuliers. — **66.** Système de pénalité. — **67.** Caractères généraux de l'ancien droit pénal français. — **68.** Littérature de l'ancien droit criminel.

62. Le système de la composition paraît avoir subsisté un certain temps, au moyen âge, dans les coutumes et dans les mœurs. Mais pour comprendre comment il disparut peu à peu et par quelle gradation, à l'idée de *vengeance privée,* fut substituée l'idée de *vengeance publique,* il y a lieu, pendant la période du moyen âge qui va de la fin du dixième siècle à la fin du quinzième, de distinguer les rapports des seigneurs entre eux, et les rapports des vilains, des serfs, des vassaux et des bourgeois, soit avec les seigneurs, soit entre eux.

Entre nobles, la justice était bien imparfaite, car elle se réduisait, la plupart du temps, à ce que d'anciens textes appellent le *droit du poing*. La vengeance et, par conséquent, la guerre privée, qui n'existait plus, comme à l'époque barbare, entre « gens de pooste ou bourgeois », restait toujours la règle dans les rapports des nobles hommes[1]. Ce n'était qu'après avoir pres-

més les *Pénitentiels*. Cfr. Paul Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 39 à 43.

§ XI. [1] Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, L. IX, 6 : « *Guerre d'après nostre coustume ne peut queir entre gens de pooste ne entre bourgeois* », lesquels, dit-il ailleurs, « doivent estre justiciés selon le meffet et ne se peuvent aider de droit de guerre ». Le même auteur déclare écrire son chapitre XXX qu'il consacre aux délits, « pour que le commun peuple sache comment il doit être puni s'il meffet, et que les seigneurs sachent quelle vengeance ils doivent prendre pour chacun meffet ». La vengeance du chef féodal, substituée à la vengeance individuelle, est donc devenue la base de la pénalité. Et lorsque la féodalité se trouve diminuée par la royauté, la vengeance passe naturellement au roi.

senti ou constaté son infériorité que le seigneur se soumettait au jugement de ses pairs : il subissait plutôt qu'il n'acceptait la sentence d'un tribunal présidé par le chef militaire, le suzerain, et composé de seigneurs ses égaux, vassaux du même suzerain. Ce tribunal s'appelait la *cour féodale*[2].

Cette cour féodale n'était guère qu'une assemblée d'arbitres, car si la sentence paraissait inique, le seigneur condamné pouvait *fausser jugement*, c'est-à-dire provoquer le juge qui l'avait condamné en l'accusant d'avoir sciemment rendu un jugement injuste. Sur cette sorte d'appel, dirigé contre le juge et non contre le jugement, un duel avait lieu, et si le juge y succombait, la sentence était annulée, et la cause portée devant le tribunal du seigneur suzerain, immédiatement supérieur. Sans insister davantage, on comprend que les barons, les nobles hommes, tous ceux qui menaient la vie guerrière et féodale, ne se soumettaient que difficilement à la juridiction de la cour féodale. Les crimes et les délits commis par eux restaient presque toujours impunis. Il faut cependant noter le développement de la confiscation des biens, sous le nom de *commise de fief*, pour le crime de *félonie*.

Mais la répression avait de l'efficacité lorsque le coupable était un simple homme libre, un bourgeois, un vilain, un manant, un serf.

63. Dans ce milieu, le système de la guerre privée et de la composition qui la termine disparaît de bonne heure. Au treizième siècle, il n'est plus en usage. On n'en trouve, à cette époque, que de rares exemples[3]. D'autres idées ont prévalu. Il devait arriver, en effet, souvent que le particulier lésé s'abstenant, son

disparaît ou plutôt se transforme; la vengeance du chef féodal prend la place de la vengeance privée. C'est le chef qui est offensé par le crime; il empêchera la guerre privée, il accordera la paix que tous devront respecter, mais il l'accordera moyennant une rançon. A l'époque féodale, en effet, si des peines corporelles, et parfois fort cruelles, sont prononcées pour les grands crimes, ce sont plus ordinairement des amendes et des confiscations que le magistrat édicte contre le coupable. On retrouve, dans ce système, la trace des compositions de l'ancien droit germanique; mais, à la différence de ce qui s'était pratiqué dans le principe, l'amende, au lieu d'être surtout destinée à indemniser l'offensé ou les siens, revenait presque tout entière au seigneur ou à son représentant. La justice pénale prenait ainsi un caractère fiscal et les seigneurs en réclamaient l'exercice, spécialement en vue des profits qu'elle rapportait. La royauté s'inspira d'abord des mêmes principes, la peine fut poursuivie au nom de la vengeance royale. Cette idée persiste à travers toutes les phases que parcourt le droit pénal, jusqu'au dix-huitième siècle. Elle amène, comme préoccupation exclusive, la satisfaction du double intérêt de la vindicte publique et de l'intimidation. Beaumanoir écrit, au XIIIe siècle : « C'est bonne chose que les malfaiteurs soient *rudement punis* et justiciés selon leur méfait, afin que la crainte de la justice les empêche de méfaire ». Et les criminalistes royaux répèteront la même formule[1]. Mais le système des incriminations et celui des peines se créent et se développent sous l'influence successive des coutumes, du droit romain et des ordonnances royales.

64. L'ancienne France a eu un Code de procédure civile et un Code de procédure pénale; mais elle n'a jamais eu de Code

[1] Cette idée est exprimée sous une forme qui résume bien ce que nos vieux auteurs pensaient du fondement du droit de punir, dans un *Manuel* fort estimé au XVIIIe siècle : « Quoiqu'un particulier se trouve offensé en son honneur ou en ses biens par le crime d'un autre, il ne lui est pas permis de poursuivre la punition du crime; *la vengeance est défendue aux hommes et il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu* ». ARGOU, *Institution au droit français*, liv. III, ch. 38 (Paris, 1753).

pénal ni rien qui y ressemblât. Pendant le moyen âge et jusqu'au XIVe siècle, ce fut la coutume, généralement non écrite, qui détermina les règles du droit pénal. Elle fixa, d'une manière assez précise, la répression de chaque délit. Les peines étaient, d'ailleurs, peu nombreuses : elles consistaient dans la mort, des mutilations, des amendes. Mais quand on consulte les textes officiels des coutumes, rédigés sous les ordres et la direction du pouvoir royal, on est surpris de constater qu'ils ne contiennent que fort peu de dispositions consacrées au droit pénal. Où se trouvaient donc, à cette époque, la détermination des faits punissables et l'indication des peines? Les ordonnances royales s'étaient, il est vrai, occupées de certains délits[5]; mais il n'y avait là qu'une législation fragmentaire qui laissait de côté la plus grande partie du droit pénal. En réalité, le droit commun dans la matière ne fut déterminé ni par la coutume ni par la loi, mais bien par la jurisprudence. Dans la période qui s'étend du XIIe au XVe siècle, un grand changement s'était, en effet, accompli dans la composition des cours de justice : les légistes avaient partout pris la place des hommes jugeurs. Imprégnés de droit romain, les légistes introduisirent, plus profondément et plus largement en matière pénale qu'en matière civile, les principes de ce droit, qu'ils considéraient comme la raison écrite. C'est dans les textes du Digeste et du Code qu'ils allaient chercher la définition des délits, les règles sur la culpabilité, la tentative, la récidive, la complicité. Le système des peines du droit romain, avec ses qualités et ses défauts, leur servit aussi de modèle. De là résulta une sorte de droit pénal commun, dont

En théorie, sans doute, en France, comme dans les autres pays de l'Europe, on distinguait deux espèces de peines : les unes, appelées *ordinaires* ou *légales,* étaient déterminées par les ordonnances ou par les coutumes locales : les autres, appelées *extraordinaires* ou *arbitraires,* comprenaient celles dont l'application était laissée, par la loi ou par la coutume, au pouvoir arbitraire des juges. Mais cette distinction s'effaça peu à peu, en France plus que partout ailleurs, et le principe de l'arbitraire des peines devint la règle consacrée par l'usage. Il permettait aux juges : 1° de punir des faits non prévus, et de choisir, entre les peines en usage dans le royaume, celles qui leur paraissaient convenir ; 2° de modifier les peines légales, soit en les atténuant, soit en les aggravant de toute manière, par exemple, par un cumul, dont les arrêts nous offrent de nombreux et cruels exemples. La seule chose qui leur fut interdite, c'était d'inventer une peine nouvelle. Sauf cette réserve, la répression était abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, et l'on peut dire, avec vérité, qu'il n'y a pas eu en France, sous l'ancien régime, de droit pénal proprement dit[6]. Ni les délits, ni les peines n'ont été réglés et rigoureusement déterminés par la loi elle-même. Ce système permit aux tribunaux de suivre les progrès des mœurs publiques et d'adoucir, dans l'application, un système pénal qui nous paraît aujourd'hui bien rigoureux, mais qui était surtout bien arbitraire.

La royauté même substituait souvent sa volonté à l'action régulière des tribunaux : 1° elle avait le droit de grâce et d'amnistie et elle fit abus des lettres de *rémission,* de *pardon,* d'*abolition de procédure;* 2° elle se considérait comme ayant le droit d'infliger une peine sans l'intervention de la justice, peine exécutoire sur un simple ordre du roi, que l'on appelait *lettre de*

[6] Aussi, chose caractéristique, POTHIER, qui, dans ses immortels traités, a condensé et résumé les principes de notre ancien droit, a publié un *Traité de procédure criminelle,* mais n'a publié aucun *Traité de droit pénal.* L'ordonnance de 1670 contenait, il est vrai, une énumération des peines, mais tous reconnaissent qu'elle était incomplète. Voy. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle,* p. 243 et 244.

cachet. A côté de l'arbitraire du juge, existait ainsi l'arbitraire du roi.

65. On peut regarder, comme généralement admise, dans notre ancien droit, la division des faits punissables en trois classes : 1° les *crimes de lèse-majesté humaine;* 2° les *crimes de lèse-majesté divine;* 3° les *crimes contre les particuliers*.

I. Sous le régime féodal, le crime de *lèse-majesté humaine* se confondait avec le crime de *félonie,* c'est-à-dire avec un manquement grave aux devoirs nés du contrat féodal. Le progrès de la monarchie absolue conduisit à faire du roi un être à part, le représentant de la Divinité sur la terre. Les légistes appliquèrent donc à sa personne et à son autorité tout ce que les jurisconsultes romains avaient écrit de la personne et de l'autorité des empereurs. Grande fut, en effet, l'influence du droit romain sur la qualification et la pénalité du crime de lèse-majesté. Et comme on ne séparait pas alors la personne du roi de son autorité, on arriva à comprendre, dans le crime de lèse-majesté, toute atteinte portée à l'autorité du roi, tout trouble de nature à nuire au bon ordre de l'État, à la personne et aux fonctions des magistrats. Cette confusion, qui s'était déjà produite dans le droit romain de l'empire, conduisit à la distinction des crimes de lèse-majesté en deux classes, ou, comme on disait alors, en *deux chefs*. Les crimes du *premier chef*, qui se partageaient eux-mêmes en deux catégories, comprirent le meurtre ou la tentative de meurtre sur la personne du roi ou sur les membres de sa famille, et les attentats contre la souveraineté et la sûreté de l'État. Ainsi, les crimes contre la sûreté de l'État, aussi bien que les crimes contre le souverain, furent

sairement prononcées contre les auteurs des crimes de lèse-majesté au second chef.

II. Les crimes de *lèse-majesté divine* étaient : le blasphème, l'athéisme, l'hérésie, le schisme, le sacrilège, la magie, le sortilège. Un attentat contre l'autorité de Dieu ne pouvait être moins puni qu'un attentat contre l'autorité du prince. C'est ce qu'avait compris l'Église et, pour ces crimes, elle réservait toutes ses rigueurs. Aussi est-ce à l'Église que les juridictions laïques empruntèrent les peines, au caractère *excessif* et *symbolique,* dont elles frappèrent ces crimes. C'est ainsi que la peine la plus souvent employée pour cette catégorie d'infraction, était la mort par le feu, comme si l'on voulait purifier le coupable en même temps que le punir.

Jousse[7] signalait les exceptions qui étaient apportées au droit commun lorsqu'il s'agissait de crimes de lèse-majesté humaine au premier chef, ou de lèse-majesté divine. *a*) D'abord la répression s'étendait à la famille du condamné. « Les enfants, quoique innocents, de celui qui est coupable de ces crimes ne laissent pas que d'éprouver, en partie, la peine qui y est attachée, et on les punit ordinairement ou par le bannissement, ou par la privation des biens qui doivent leur appartenir ». Il ne s'est pas écoulé, en effet, beaucoup plus d'un siècle, depuis qu'un arrêt du Parlement de Paris enjoignait à la fille de Damiens de quitter, pour toujours, le royaume, à peine de mort, et à ses frères et sœurs de changer de nom. La belle maxime du jurisconsulte romain Callistrate : *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest,* ne fut comprise et respectée ni dans le droit criminel de l'empire romain, ni dans celui de notre ancienne France. *b*) En second lieu, continue Jousse, « quoique, dans la règle générale, les furieux et les insensés ne doivent point être punis pour raison des crimes qu'ils ont commis, néanmoins, il en est autrement pour le crime de lèse-majesté et quelquefois aussi pour le crime de parricide ». *c*) En troisième lieu, « la minorité, quoique peu éloignée de l'enfance, n'est point un moyen d'excuse pour les crimes de

[7] *Traité de la justice criminelle,* t. I, p. 4 et suiv.

lèse-majesté et autres crimes énormes ». *d*) Dans le cas de lèse-majesté au premier chef, comme dans ceux d'hérésie, de suicide, de duel, de rébellion à justice avec force ouverte, en la rencontre de laquelle l'accusé avait été tué, on en était même arrivé à faire le procès au cadavre. C'était là un vieil usage, une procédure archaïque, qui a ses racines dans les instincts mêmes de l'homme, et qui persista jusqu'au dix-huitième siècle. En 1723, le Châtelet de Paris imagina de faire le procès à un mort, un prisonnier, tué dans une lutte avec les archers qui le voulaient transférer d'un cachot dans un autre. Le cadavre fut condamné à être traîné sur la claie, pendu et exécuté en place de Grève. Nous avons trouvé d'autres exemples de procès de ce genre jusqu'au milieu du XVIIIe siècle. *e*) Enfin, dans les crimes de lèse-majesté, le seul dessein d'accomplir le crime, manifesté par quelque acte extérieur, suffisait pour motiver une condamnation, et l'on se contentait, pour la prononcer, de simples indices.

III. Les crimes qui portent atteinte à la société, dans la personne d'un de ses membres, le meurtre, le vol, le faux, étaient rangés dans une troisième catégorie, sous le nom de *crimes contre les particuliers*.

66. On divise généralement les peines, dans notre ancienne législation, en peines *afflictives*, infamantes ou non infamantes, en peines simplement *infamantes de droit* et en peines simplement *infamantes de fait*, en peines *pécuniaires*, infamantes et non infamantes. Les peines habituellement appliquées sont cruelles et d'une sévérité exagérée. « Les peines, qui sont en

monition ». Ainsi, non seulement la peine de mort était prodiguée, mais elle ne consistait pas dans la simple privation de la vie; elle variait dans son mode d'exécution. La pratique avait inventé cinq genres principaux de supplice. Le mode le plus ordinaire de donner la mort, était la *pendaison*. La *décollation* s'appliquait surtout aux nobles gens. La *roue* était le supplice réservé aux crimes atroces, tels que l'assassinat avec préméditation, le vol sur les grands chemins. Ainsi, Cartouche fut roué vif en 1721, et Mandrin, en 1755. La peine du *feu* avait été, à l'origine, la peine de l'hérésie et de la magie. On l'étendit à l'empoisonnement. On y condamnait également celui qui s'était livré à ces commerces monstrueux, que notre ancienne législation réprimait si sévèrement. D'où cette remarque de Montesquieu[1] : « Il est singulier que, parmi nous, trois crimes, la magie, l'hérésie, et le crime contre nature, dont on pourrait prouver, du premier qu'il n'existe pas, du second qu'il est susceptible d'une quantité de distinction, du troisième qu'il est souvent obscur, aient été punis tous trois de la peine du feu ». Jousse cite les supplices ordinaires; mais il n'en est point que l'ingénieuse cruauté de nos anciens n'ait inventé et appliqué. Tel était le supplice qui consistait à faire bouillir le coupable dans une chaudière, genre de mort infligé souvent, pendant le moyen âge, aux faux-monnayeurs, et qui ne cessa de leur être appliqué que vers le dix-septième siècle. Tel était encore le supplice de l'*écartellement à quatre chevaux*, employé quelquefois pour punir l'attentat contre la vie du souverain. Ce fut le genre de mort de Jean Chatel. Au quatorzième siècle, on condamnait encore à Paris et ailleurs, les « larronesses » à être enterrées vivantes. Mais, dès le seizième siècle, il n'est plus trace d'un mode aussi horrible d'exécution à mort.

A côté de la peine de mort, les mutilations, la marque avec un fer brûlant, les châtiments corporels sont employés tous les jours par les tribunaux avec une fréquence et une rigueur extrêmes. C'est le fouet, la mutilation du poing, la marque, la langue percée ou arrachée, etc.

[1] *Esprit des lois*, liv. XII, chap. VI.

67. Il semble, quand on étudie notre ancienne législation criminelle et quand on la compare à celle des derniers siècles de l'empire romain et des premiers siècles du moyen âge, que la civilisation, en matière de pénalités, n'ait fait aucun progrès, qu'elle se soit immobilisée. Ce qui caractérise le droit pénal, ce sont toujours les mêmes vices. A toutes ces époques, les peines sont *inégales;* elles varient suivant la qualité, le rang des coupables, bien plus que suivant la nature de leur crime. A toutes ces époques, les peines sont *cruelles* et *barbares* dans leur application : le fond du système pénal, c'est la peine de mort et les mutilations corporelles prodiguées. A toutes ces époques, les peines sont *arbitraires;* les délits sont mal définis et les citoyens demeurent sans garantie contre les excès de la répression. A toutes ces époques enfin, l'ignorance, les préjugés, les passions enfantent des *délits imaginaires* et le cercle de la loi pénale s'étend même en dehors des rapports sociaux; il empiète sur le domaine de la conscience.

Il est bon de rappeler ces vices pour comprendre les progrès qui se sont accomplis et les bienfaits dont nous sommes redevables, à ce point de vue, à la Révolution française. En effet, tandis qu'on a pu dire que l'ensemble du vieux droit civil français avait persisté, avec quelques modifications, dans le Code civil actuel[10], nous pouvons affirmer que le droit pénal moderne a rompu complètement avec notre vieux droit pénal, et la comparaison entre l'un et l'autre est faite, avant tout, de contrastes. C'est l'idée qu'exprimait Boitard, dans sa première leçon, lorsqu'il disait : « Nos lois nouvelles ne sont pas, comme dans les matières civiles, la reproduction plus ou moins fidèle, plus ou

convaincre, il suffit de parcourir, le passage de Pothier[12], dans lequel l'auteur résume la législation criminelle du temps.

68. Le droit criminel n'a formé, pendant longtemps, qu'une branche du droit privé. Jusqu'au treizième siècle, on ne trouve aucun traité qui lui soit exclusivement consacré. Les légistes se contentent de commenter les parties des recueils du droit romain relatives aux matières criminelles, en y rattachant, en quelque sorte, comme des appendices, les édits des souverains, les coutumes locales et les règles consacrées par la pratique judiciaire. Les canonistes, par exemple, ne font que commenter les décrétales, particulièrement celle d'Innocent III, qui avait régularisé la procédure dite inquisitoriale. Leurs œuvres, cependant, profitèrent davantage à la science du droit criminel que celles des légistes. Les canonistes du treizième siècle, qui méritent une mention particulière, par rapport au droit criminel, sont TANCREDUS, GOFFREDUS, Henri DE SEGUSIO ou OSTIENSIS, Guillaume DURANTIS[13].

Vers la fin du treizième siècle, le *droit criminel* paraît se détacher du *droit privé,* et nous commençons à rencontrer des traités spéciaux sur cette branche du droit. Le plus ancien de ceux qui sont parvenus jusqu'à nous est le *Libellus de maleficiis,* d'Albert DE GANDINO[14]. Du quatorzième à la dernière moitié du seizième siècle, l'Italie donna naissance à un grand nombre

dont il publiait l'œuvre. Elle est cependant bien exacte. Le système de pénalité du droit moderne ne ressemble en rien au système de penalité du droit ancien. Quant au système des incriminations, ce n'est que la partie *irréductible* qui a traversé les siècles. Mais les scories de ce système, les délits contré la religion et contre la chair, ont été abandonnées par le droit nouveau. Les observations de FAUSTIN HÉLIE ne sont exactes que dans leur application à la procédure criminelle, trop imprégnée, encore aujourd'hui, de l'esprit du temps passé.

[12] *Traité de la procédure criminelle*, sect. V, § 6.

[13] On trouvera des renseignements sur la vie et les œuvres de ces canonistes dans Albéric ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle.*

[14] Ce livre fut écrit vers le milieu du XIIIe siècle (1262 probablement). Il a été imprimé pour la première fois à Venise en 1491.

de criminalistes[15], dont les œuvres, profondément oubliées aujourd'hui et qui méritent en partie de l'être, ont eu cependant une influence prépondérante sur la *pratique judiciaire*, non seulement en Italie, mais encore en Allemagne, dans les Pays-Bas, en Espagne et en France.

Dans la dernière moitié du seizième siècle, la jurisprudence participe à l'essor scientifique qui caractérise cette période de l'histoire. Parmi les jurisconsultes de cette époque, nous citerons : 1° pour les Pays-Bas, Josse DAMHOUDER, dont le *Praxis rerum criminalium* a exercé une si grande influence en Allemagne[16] ; pour l'Italie, Julius CLARUS[17], qui fut le criminaliste le plus distingué de son siècle, et Prosper FARINACCIUS, dont les ouvrages sont encore cités aujourd'hui[18]. Le droit criminel prend un caractère plus scientifique au dix-septième siècle, grâce aux travaux de deux jurisconsultes allemands, Benoît CARPZOW et Antoine MATTHÆUS. L'ouvrage du premier a pour titre : *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa*[19]. Il fut réimprimé bien souvent et servit, pendant tout un siècle, de guide aux tribunaux qui considérèrent les opinions et les décisions qui y étaient émises comme de véritables lois. Dans son traité, *De criminibus*, le second exposa les principes du droit criminel romain, en le dégageant des interprétations erronées et des applica-

[15] Parmi ces criminalistes, je citerai : Hyppolyte DE MARSILIIS (mort en 1529), auteur de la *Practica causarum criminalium* (Lugduni, 1529); Agidius BOSSIUS (mort en 1546).

tions singulières qui en avaient été faites par la pratique[20].

Les criminalistes du siècle passé qui méritent d'être cités sont : en Allemagne, Samuel-Frédéric BOEHMER; en Italie, RENAZZI et CREMANI; en France, JOUSSE et MUYART DE VOUGLANS. Ces deux derniers jurisconsultes, qui sont les commentateurs les plus autorisés de notre ancien droit criminel, ont essayé de jeter quelque clarté dans le domaine confus et multiple des lois romaines, des coutumes, déclarations, règlements du Conseil, édits, ordonnances, arrêts, auxquels devaient recourir nos anciens tribunaux en matière pénale. L'ouvrage de Jousse, intitulé : *Traité de la législation criminelle de France,* parut à Paris en 1771 (4 vol. in-4°). Les crimes et les délits sont classés par ordre alphabétique. Au contraire, dans les ouvrages de Muyart de Vouglans, — *Institutes au droit criminel* (Paris, 1747, in-4°); *Institutes criminelles suivant les lois et ordonnances du royaume* (Paris, 1762, in-4°); *Les lois criminelles de France suivant leur ordre naturel,* — le droit pénal est présenté suivant un ordre et une méthode rationnelle qui ont fourni au législateur moderne ses principales divisions[21]. Muyart de Vouglans, esprit vif et vigoureux, est plus scientifique; Jousse, est plus pratique. On trouve, dans l'ouvrage de ce dernier, à titre d'exemples et d'applications par l'ancienne jurisprudence des règles exposées, la relation abrégée d'un grand nombre d'affaires criminelles. Jousse décrit également les divers procédés d'exécution de la peine de mort, tels qu'ils étaient en usage. Son ouvrage contient donc des renseignements utiles pour l'histoire du droit criminel.

[20] Cet ouvrage, fort remarquable, surtout pour l'époque où il a été publié, est un commentaire des 57e et 58e livres du Digeste. C'est en 1644 qu'il a été imprimé.

[21] Parmi les jurisconsultes de seconde catégorie (*poetæ minores*), nous citerons également : GUY DU ROUSSEAU DE LA COMBE, dont le *Traité des matières criminelles,* réimprimé plusieurs fois (4e édit., petit in-4o, 1751, Paris), s'occupe surtout de la procédure criminelle d'après l'ordonnance du mois d'août 1670; François SERPILLON, auteur d'un *Code criminel* ou commentaire sur l'ordonnance de 1670 (éditions nombreuses. Celle que j'ai sous les yeux est de 1784, 2 vol. petit in-4°); SOULATGES, *Traité des crimes* (3 vol., Toulouse, 1785).

§ XII. — LE DROIT PÉNAL DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

69. Réaction contre le système des incriminations et des peines de l'ancien droit. — **70.** L'œuvre de l'Assemblée constituante. — **71.** Principes du droit pénal nouveau. — **72.** Mise en œuvre des principes. — **73.** Codes de 1791 et du 3 brumaire an IV. — **74.** Défauts de cette législation. — **75.** Modifications dont elle fut l'objet.

69. Au XVIIe siècle, l'esprit public ne paraît pas hostile à la législation criminelle du temps. La cruauté du système pénal, son inégalité, son arbitraire, ce sont là, pour les meilleurs esprits, des rigueurs nécessaires [1]. Au XVIIIe siècle, le point de vue change, et la Révolution, en modifiant le droit pénal, ne fera qu'accomplir des réformes déjà mûres, parce qu'elles seront réclamées par l'opinion publique. Comment s'explique ce changement? Il est dû, en partie, au mouvement philosophique qui signale la seconde moitié du XVIIIe siècle [2] et qui s'appuie sur

§ XII. [1] Il faut remarquer, du reste, que l'état des institutions répressives correspondait à un état de criminalité tout différent du nôtre. Les études sur l'ancienne criminalité sont peu avancées. Mais il y a là une voie féconde pour l'historien et le moraliste. Trois faits paraissent se dégager déjà des renseignements que nous possédons sur l'état de la France, à ce point de vue, aux XVe, XVIe et XVIIe siècles : 1° Prédominance de la délictuosité violente sur la délictuosité astucieuse; 2° Moins d'individualisme criminel qu'aujourd'hui : les méfaits sont plus souvent commis en bande ou en troupe; 3° Autant qu'on peut, en l'absence de statistique, apprécier l'importance de la criminalité de ces temps, il est permis d'affirmer que le nombre des

ces deux principes nouveaux : la *raison* et l'*humanité*. Dès 1721, Montesquieu, dans les *Lettres persanes*, s'explique sur la nature et sur l'efficacité des peines; puis, dans le livre 6, chap. 12, de l'*Esprit des lois*, il expose les principes du droit pénal. Un disciple de Montesquieu, Beccaria, va donner à l'Italie la gloire d'avoir pris l'initiative du mouvement des réformes. L'Italie a été, de tout temps, la terre classique du droit criminel. Des œuvres qui l'ont illustrée à cette époque, aucune n'a eu, sur les idées et sur les mœurs en Europe, d'influence comparable au *Traité des délits et des peines* de Beccaria, paru en 1766. Beccaria, le premier, sut donner une formule précise aux critiques et proposer un plan de réformes. Il traça, en quelque sorte, le programme des revendications de l'esprit humain en matière de droit criminel. Les doctrines de Beccaria furent aussitôt commentées et développées en France. Rousseau préoccupé, avant tout, des questions de morale et de politique, ne s'occupe guère, il est vrai, du droit criminel : il lui consacre un mot, en passant, dans son *Contrat social*, qui devait avoir cependant, sur la législation pénale, une si grande influence. M. Villemain a signalé, comme un trait caractéristique des années qui précédèrent la Révolution, « l'invasion de la philosophie dans les affaires, dans l'administration, dans la justice, l'innovation spéculative transformée en innovation active et réelle ». A la tête du mouvement, on trouve Voltaire, écrivant

a été publiée sous le titre : *Des délits et des peines*, par Beccaria, nouvelle édition, précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par Faustin Hélie, 1856. Voy. *Beccaria et le droit pénal, Essai*, par César Cantu, traduit, annoté et précédé d'un avant-propos et d'une introduction par Jules Lacointa et C. Delpech (1 vol. in-8°, 1886, Paris, Firmin-Didot). Le Traité des délits et des peines touche ou discute les questions les plus importantes du droit criminel, mais il combat plus particulièrement la peine de mort et l'usage des tortures. Il assure à la répression ses véritables limites en proposant de réduire les peines aux rigueurs nécessaires pour assurer le maintien de la sécurité publique. On peut dire que l'école classique du droit criminel est issue du merveilleux petit livre de Beccaria. A-t-elle achevé, comme on l'a prétendu, son cycle historique? Ce qui est certain, dans tous les cas, c'est que le droit pénal se transforme et que les idées de Beccaria, sur bien des points, sont, aujourd'hui, abandonnées.

« qu'il ne s'occupe plus que de procès[3] », et commentant le *Traité des délits et des peines*. Les académies s'intéressent à ces questions; elles mettent au concours « la discussion de cette matière importante », comme le dit Boucher d'Argis[4]; elles comptent, au nombre de leurs lauréats, des hommes qui vont jouer un rôle important dans la Révolution, et parmi lesquels on peut signaler, non sans quelque étonnement, Robespierre et Marat[5]. Ce mouvement se communique à la magistrature. L'avocat général Servan reproduit les idées de Beccaria dans son discours de 1766 sur l'*Administration de la justice criminelle*, qui eut un si grand retentissement[6]. Les institutions pénales du temps ne rencontrent de défenseurs que parmi quelques juristes attardés[7]. Mais aucun des plaidoyers qu'ils écrivent ne trouve

[3] Voy., sur les idées et les œuvres des trois hommes qui firent le plus parmi les philosophes pour la réforme de la loi criminelle, MONTESQUIEU, BECCARIA, VOLTAIRE, ce que dit ESMEIN, *op. cit.*, p. 362 à 370.

[4] *Observations sur les lois criminelles, Avant-propos*, p. 8.

[5] M. de ROBESPIERRE, avocat à Arras, est l'auteur d'un *Mémoire sur le préjugé qui étend à la famille du coupable la honte des peines infamantes*, mémoire couronné par l'Académie de Metz en 1784. MARAT est l'auteur d'un *Plan de législation criminelle* (1re éd., 1780; 2e éd., 1790).

[6] Ce discours est reproduit dans le tome IV, p. 332, de la 1re série du *Barreau français*, publiée par MM. CLAIR et CLAPIER. On connaît l'éloquent et courageux passage de cette belle harangue de Servan : « Levez les yeux, dit-il à ses collègues, et voyez sur vos têtes l'image de votre Dieu qui fut un innocent accusé : vous êtes homme, soyez humain; vous êtes juge, soyez modéré; vous êtes chrétien, soyez charitable. Homme, juge, chrétien, qui que vous soyez, respectez le malheur ». Cfr. dans le t. III, p. 77, du même ouvrage, un *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, publié par le

de crédit devant l'opinion publique. La législation de l'ancien régime se ressent elle-même de ce besoin de réformes. En Russie, Catherine II encourage les philosophes et écrit des instructions pour la rédaction d'un Code criminel. En Allemagne, Frédéric II et Joseph II, s'inspirant des idées des encyclopédistes, introduisent, dans la législation cruelle du temps, de profondes innovations. Le premier inaugure son règne par l'abolition de la torture. Le second promulgue un Code pénal, dans lequel ne figure pas la peine de mort, excepté pour les délits militaires. En Toscane, le grand duc Léopold supprime également la peine de mort. En France, sous la même influence, des adoucissements successifs et partiels sont apportés à la législation criminelle.

C'est ainsi qu'une déclaration royale du 24 août 1780, fait disparaître la question préparatoire. A la veille de la Révolution, le 8 mai 1788, un édit est rendu, annonçant une réforme générale de la procédure criminelle, et, en attendant, abrogeant « plusieurs abus », auxquels il devenait urgent de remédier[8] : 1° l'usage de la sellette est condamné; 2° il est défendu de rendre des sentences non motivées; 3° l'abolition de la question prépa-

ouvrage qui révèle un singulier état d'âme chez le criminaliste le plus distingué de son temps. Évidemment Muyart de Vouglans ne comprend pas Beccaria. Il le prend pour un fou (p. 22). Ce qui l'étonne le plus, c'est de voir un ouvrage de législation criminelle qui ne soit pas, avant tout, un livre technique, consacré au droit positif (p. 25). Quant aux propositions qu'il extrait du traité de Beccaria et qu'il signale, avec indignation, à l'opinion publique, comme autant d'hérésies sociales (p. 6 à 17), ce sont les vérités mêmes qui vont devenir les axiômes de la justice criminelle, l'égalité devant la loi, la suppression du serment de l'accusé, l'abolition de la torture. Dans la préface de son *Traité de la justice criminelle*, p. 64, Jousse s'exprime ainsi : « *Le Traité des délits et des peines* tend à établir un système des plus dangereux et des idées nouvelles qui, si elles étaient adoptées, n'iraient à rien moins qu'à renverser les lois reçues jusqu'ici par les nations les plus policées, et donneraient atteinte à la religion, aux mœurs et aux maximes sacrées du gouvernement ». C'est ainsi, du reste, qu'on a toujours défendu les institutions existantes, considérées comme nécessaires, et qu'on a toujours combattu les réformes. Voy. sur ce point : Esmein, *op. cit.*, p. 371.

[8] On en trouvera le texte dans Isambert, *Anc. lois*, t. XXVIII, p. 527.

ratoire est confirmée; la question préalable est abolie; 4° les sentences, portant condamnation à mort, ne peuvent, en principe, être exécutées qu'un mois après l'époque où elles sont devenues définitives; 5° les accusés absous ont droit à une réparation d'honneur. Cet édit n'a pas été appliqué[9], mais il indique que les réformes sont mûres. Ce sera à la nation à les accomplir. Sur aucune des questions qui agitèrent l'opinion publique à cette époque, on ne rencontre pareille unanimité. Dans les cahiers des États généraux, nous retrouvons réclamées les réformes mêmes que l'Assemblée constituante va réaliser et qui reproduisent la pensée des philosophes du XVIIIe siècle : 1° égalité, personnalité et adoucissement du système pénal; 2° suppression de l'arbitraire du juge, au double point de vue de la définition des faits délictueux et de la détermination des peines; 3° abolition des délits contre la religion et les mœurs; 4° publicité des procédures; 5° assistance d'un conseil à la cause; 6° abolition du serment imposé à l'accusé; 7° obligation de motiver les sentences et de les rendre publiquement; 8° institution du jury. Nous avons ainsi indiqué, dans leurs grandes lignes, les idées qui serviront de base au droit criminel nouveau[10].

70. Dans le domaine du droit pénal, l'œuvre de l'Assemblée constituante est double. D'un côté, elle a voulu proclamer les principes nouveaux, formulés, en matière de pénalité, par la philosophie du XVIIIe siècle. De l'autre, il s'est agi de faire passer ces principes dans la législation et de la codifier.

71. Les principes sont contenus dans la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 et dans quelques autres textes, parmi lesquels nous citerons les décrets du 21 janvier 1790 et des 16-24 août 1790.

Aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits, le but de toute association politique est « *la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ». C'est un principe

[9] Voy. sur ce point, ESMEIN, *op. cit.*, p. 399.

[10] Comp. A. DESJARDINS, *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle* (Paris, 1883). Voy. également : ESMEIN, *op. cit.*, p. 404 à 410.

emprunté aux théories du *Contrat social,* et duquel il résulte que le pouvoir ne doit et ne peut se préoccuper que du *bon ordre* dans les rapports des hommes entre eux. D'où, ces deux conséquences : 1° En ce qui touche les incriminations : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». Aussi, nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble point l'ordre public. Avec ce principe sacré de la liberté de conscience, disparaissent toutes les incriminations que nos anciens praticiens appelaient « *crimes de lèse-majesté divine* », tels que le blasphème, l'hérésie, la sorcellerie, etc. 2° En ce qui touche la pénalité : « *La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Pour mettre le système pénal d'accord avec ces principes, l'Assemblée constituante s'attache à faire disparaître tous les vices de notre ancienne législation criminelle. Les peines étaient *arbitraires;* elle proclame, dans l'article 8 de la Déclaration, que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ». Les peines étaient *inégales;* elle décrète, dans l'article 1er de la loi du 21 janvier 1790, « *que les délits du même genre seront punis par le même genre de peines, quels que soient le rang et l'état du coupable* », et le titre 1er de la constitution du 3 septembre 1790 donne à ce principe le caractère d'une règle constitutionnelle. Les peines n'étaient pas toujours *personnelles :* la loi du 21 janvier 1790 déclare que « *le supplice d'un coupable et les condamnations infamantes quelconques n'impriment aucune flétrissure à sa famille* », que « *l'honneur de ceux qui lui appartiennent n'est nullement entaché* ». Le même article ajoute que les parents du criminel « *continueront à être admissibles à toutes sortes de professions, d'emplois et de dignités* ». La confiscation générale des biens est supprimée. La peine ne survit pas à la mort du coupable : non seulement on ne doit plus faire de procès au cadavre, mais le corps du *supplicié* est rendu à sa famille si elle le réclame. L'acte de décès ne mentionnera aucunement le genre de mort.

72. Après avoir proclamé les principes du droit pénal, il

s'agissait de les appliquer. Dans l'œuvre législative que nous allons analyser, on voit s'établir une division tripartite entre la police municipale, correctionnelle ou de sûreté, auxquelles correspondent trois ordres d'infractions, les délits de police municipale, de police correctionnelle et les délits de sûreté.

Pour marquer *matériellement* cette séparation, l'Assemblée constituante édicte deux Codes distincts, l'un pour les *crimes*, l'autre pour les *délits* : le Code pénal du 6 octobre 1791, pour les crimes ; la loi du 22 juillet 1791, pour les délits. Ce système a des inconvénients, sur lesquels nous reviendrons.

73. Le Code du 6 octobre 1791 est exclusivement un Code pénal[1]. Il se compose de deux parties, chacune subdivisée en titres et en sections. La première partie, intitulée : *Des condamnations*, comprend le droit pénal général. Il est divisé en sept titres. Ces titres déterminent : 1° les peines criminelles (tit. 1er), qui sont la mort, les fers, la réclusion dans une maison de force, la gêne qui consiste à enfermer le coupable dans un lieu éclairé, sans fers ni liens, la détention, la déportation, la dégradation civique et le carcan ; 2° l'aggravation pénale résultant de la récidive (tit. 2) ; le repris de justice subit d'abord la peine ordinaire établie pour le nouveau crime qu'il a commis ; il doit ensuite être transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs ; 3° le mode d'exécution des jugements contre un accusé contumax (tit. 3) ; 4° les effets des condamnations (tit. 4) ; 5° l'influence de l'âge des condamnés au criminel sur la nature et la durée de la peine (tit. 5) ; 6° la prescription criminelle (tit. 6) ; 7° la réhabilitation des condamnés (tit. 7). La seconde partie de ce Code, intitulée : *Des crimes et de leur pu-*

ticuliers contre le respect et l'obéissance dus à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter (sect. 4); 5° les crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés (sect. 5); 6° les crimes contre la propriété publique. Les crimes contre les particuliers sont subdivisés : 1° en crimes et attentats contre les personnes (sect. 1); 2° en crimes et délits contre la propriété (sect. 2). La deuxième partie du Code pénal de 1791 se termine par un certain nombre de dispositions qui auraient été mieux à leur place dans la première : elles sont relatives aux règles de la complicité et forment le titre 3 et dernier.

La loi des 17 et 22 juillet 1791 règle la compétence et l'instruction, en même temps qu'elle détermine et classe les délits de police municipale et correctionnelle et les peines applicables à ces délits. C'est à la fois, pour les infractions qu'elle concerne, un *Code de procédure* et un *Code pénal*. Dans la partie qui présente ce dernier caractère, les délits de police municipale sont énumérés avec les peines qu'ils entraînent. Quant aux délits de police correctionnelle, ils sont groupés sous de grandes divisions au nombre de cinq. « Les délits punissables par la voie de la police correctionnelle, y est-il dit (titre II, art. 7), seront : 1° les délits contre les bonnes mœurs ; 2° les troubles apportés publiquement à l'exercice d'un culte religieux quelconque; 3° les insultes et les violences graves envers les personnes; 4° les troubles apportés à l'état social et à la tranquillité publique par la mendicité, par les tumultes, par les attroupements ou tous autres délits; 5° les atteintes portées à la propriété des citoyens par dégâts, larcins ou simples vols, escroqueries, ouvertures de maisons de jeu où le public est admis ».

A ces deux lois vint s'ajouter, quatre ans après, le *Code des délits et des peines,* du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795). Il fut rédigé par Merlin[12] et voté, en deux séances, par la Conven-

[12] Une commission de onze membres avait reçu la mission, aux termes d'un décret du 25 fructidor an III, de présenter un projet de Code de police et de sûreté. Quoique Merlin ne fît pas officiellement partie de cette commission, il fut cependant chargé par elle de rédiger ce projet. Il le présenta à la Convention et ce projet fut adopté sur la seule lecture qu'il en fit et qui

tion, qui l'adopta de confiance. Ce Code, où se remarque, pour la première fois, le système des articles par voie de série ininterrompue (1 à 646), est, avant tout, un *Code de procédure criminelle*. Le droit pénal n'y occupe qu'une place restreinte. Le livre II, intitulé : *De la justice*, renferme plusieurs dispositions sur les délits contraires au respect dû aux autorités constituées (art. 555 à 559). Dans le livre III, intitulé : *Des peines*, ce Code se borne : 1° à classer d'une manière plus précise, les diverses catégories de peines, en peines de simple police, correctionnelles, afflictives ou infamantes (art. 599 à 604); 2° à énumérer les infractions passibles de peines de simple police (art. 605 à 608); 3° à réprimer certains crimes contre la sûreté intérieure de l'État et contre la constitution (art. 612 à 646). Pour le reste, il déclare maintenir la loi du 19 juillet 1791 et le Code pénal du 25 septembre de la même année (art. 609 et 610).

74. Le système général du droit pénal, tel qu'il résulte de cet ensemble de dispositions, est défectueux, surtout à trois points de vue :

1° Les droits de grâce et de commutation de peines sont enlevés au pouvoir exécutif pour toute infraction poursuivie par voie de jurés (C. p. de 1791, tit. VI, art. 13)[13]. Cette mesure a été prise par esprit de réaction contre les abus des *lettres de grâce*, qui avaient été très fréquents sous l'ancien régime. Ce n'en était pas moins une erreur; car le droit de grâce, doit figurer dans une législation rationnelle, comme le complément nécessaire de la justice sociale.

ne fut interrompue que par la proposition d'un certain nombre d'amendements. Dans sa *Notice historique sur la vie et les travaux de Merlin*, M. Mignet s'exprime ainsi sur le Code de brumaire : « Expression générale de la philosophie sociale la plus avancée, ce Code, écrit avec une clarté élégante et dont chaque disposition portait pour ainsi dire sa raison en elle-même, fut voté en deux séances par la Convention, qui l'adopta de confiance. La pensée de Merlin resta, pendant près de quinze ans, la législation de la France ».

[13] Ce texte est ainsi conçu : « L'usage de tous actes tendant à empêcher ou suspendre l'exercice de la justice criminelle, l'usage de lettres de grâce, de rémission, d'abolition, de pardon et de commutation de peines sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de jurés ».

2° Cette première erreur eut pour conséquence une seconde erreur, plus grave encore : la suppression des peines perpétuelles privatives de liberté. La peine des fers, qui suit immédiatement la peine de mort, ne dépasse pas vingt-quatre ans. En effet, dans un système pénal qui ne connaît pas le droit de grâce, il est impossible de donner place à des peines perpétuelles, car on enlève tout espoir au condamné, et, par conséquent, le mobile le plus puissant du repentir, si on ne lui laisse pas entrevoir la possibilité d'une libération.

3° Enfin, et c'est là le vice capital de cette législation, en matière d'infractions punies de peines afflictives ou infamantes, on fixa la peine, pour chaque fait, d'une manière invariable, sans *maximum* ni *minimum*, entre lesquels le juge pût au moins se mouvoir. L'Assemblée constituante « ne crut pas pouvoir, dit Treilhard dans l'exposé des motifs du Code pénal de 1810, resserrer dans des limites trop étroites la délégation de pouvoir faite à la magistrature : elle régla, en conséquence, avec une grande précision, la durée de la peine qui devait être appliquée à chaque fait particulier et elle voulut qu'après la déclaration du jury, la fonction du juge fût bornée à l'application mécanique du texte de la loi ». Ainsi, en haine de l'arbitraire, dont l'ancienne jurisprudence avait tant abusé, on s'était jeté, comme en supprimant le droit de grâce, dans l'excès contraire, et on avait enlevé au juge la faculté de proportionner la peine à la culpabilité individuelle et variable des condamnés. Il en résultait que la peine se trouvait fréquemment hors de proportion avec le fait qu'elle avait pour objet de réprimer, et que les jurés, transigeant avec leur conscience, préféraient déclarer l'accusé non coupable que de provoquer contre lui l'application d'une peine qu'ils jugeaient exagérée.

75. Le Code pénal de 1791 régissait encore la France lorsqu'il fut remplacé, en 1810, par le Code pénal actuel. Mais quelques lois additionnelles avaient modifié certaines de ses dispositions. Ainsi, la loi du 22 prairial an IV était venue punir la tentative de tout crime. La loi du 25 frimaire an VIII avait établi un *maximum* et un *minimum* pour chaque peine. Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X avait restitué le droit de

tion, qui l'adopta de confiance. Ce Code, où se remarque, pour la première fois, le système des articles par voie de série ininterrompue (1 à 646), est, avant tout, un *Code de procédure criminelle*. Le droit pénal n'y occupe qu'une place restreinte. Le livre II, intitulé : *De la justice*, renferme plusieurs dispositions sur les délits contraires au respect dû aux autorités constituées (art. 555 à 559). Dans le livre III, intitulé : *Des peines*, ce Code se borne : 1° à classer d'une manière plus précise, les diverses catégories de peines, en peines de simple police, correctionnelles, afflictives ou infamantes (art. 599 à 604); 2° à énumérer les infractions passibles de peines de simple police (art. 605 à 608); 3° à réprimer certains crimes contre la sûreté intérieure de l'État et contre la constitution (art. 612 à 646). Pour le reste, il déclare maintenir la loi du 19 juillet 1791 et le Code pénal du 25 septembre de la même année (art. 609 et 610).

74. Le système général du droit pénal, tel qu'il résulte de cet ensemble de dispositions, est défectueux, surtout à trois points de vue :

1° Les droits de grâce et de commutation de peines sont enlevés au pouvoir exécutif pour toute infraction poursuivie par voie de jurés (C. p. de 1791, tit. VI, art. 13)[13]. Cette mesure a été prise par esprit de réaction contre les abus des *lettres de grâce*, qui avaient été très fréquents sous l'ancien régime. Ce n'en était pas moins une erreur; car le droit de grâce, doit figurer dans une législation rationnelle, comme le complément nécessaire de la justice sociale.

ne fut interrompue que par la proposition d'un certain nombre d'amende-

2° Cette première erreur eut pour conséquence une seconde erreur, plus grave encore : la suppression des peines perpétuelles privatives de liberté. La peine des fers, qui suit immédiatement la peine de mort, ne dépasse pas vingt-quatre ans. En effet, dans un système pénal qui ne connaît pas le droit de grâce, il est impossible de donner place à des peines perpétuelles, car on enlève tout espoir au condamné, et, par conséquent, le mobile le plus puissant du repentir, si on ne lui laisse pas entrevoir la possibilité d'une libération.

3° Enfin, et c'est là le vice capital de cette législation, en matière d'infractions punies de peines afflictives ou infamantes, on fixa la peine, pour chaque fait, d'une manière invariable, sans *maximum* ni *minimum*, entre lesquels le juge pût au moins se mouvoir. L'Assemblée constituante « ne crut pas pouvoir, dit Treilhard dans l'exposé des motifs du Code pénal de 1810, resserrer dans des limites trop étroites la délégation de pouvoir faite à la magistrature : elle régla, en conséquence, avec une grande précision, la durée de la peine qui devait être appliquée à chaque fait particulier et elle voulut qu'après la déclaration du jury, la fonction du juge fût bornée à l'application mécanique du texte de la loi ». Ainsi, en haine de l'arbitraire, dont l'ancienne jurisprudence avait tant abusé, on s'était jeté, comme en supprimant le droit de grâce, dans l'excès contraire, et on avait enlevé au juge la faculté de proportionner la peine à la culpabilité individuelle et variable des condamnés. Il en résultait que la peine se trouvait fréquemment hors de proportion avec le fait qu'elle avait pour objet de réprimer, et que les jurés, transigeant avec leur conscience, préféraient déclarer l'accusé non coupable que de provoquer contre lui l'application d'une peine qu'ils jugeaient exagérée.

75. Le Code pénal de 1791 régissait encore la France lorsqu'il fut remplacé, en 1810, par le Code pénal actuel. Mais quelques lois additionnelles avaient modifié certaines de ses dispositions. Ainsi, la loi du 22 prairial an IV était venue punir la tentative de tout crime. La loi du 25 frimaire an VIII avait établi un *maximum* et un *minimum* pour chaque peine. Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X avait restitué le droit de

vations générales, rédigées, par M. Target, pour ce qui concerne la pénalité, et, par M. Oudard, pour la partie qui se rapporte aux dispositions organiques et à la procédure. Ces travaux furent immédiatement imprimés[2] et adressés au Tribunal de cassation, aux tribunaux criminels et aux tribunaux d'appel, pour qu'ils eussent à présenter leurs observations. Ces observations, en général peu favorables à la législation de l'Assemblée constituante et de la Convention, manifestèrent une tendance vers un retour à l'ancien droit criminel[3]. Le 2 prairial an XII, l'Empereur ordonne la rédaction d'une série de questions fondamentales, sur lesquelles la discussion devait s'établir au Conseil d'État[4]. Ces questions, au nombre de quatorze, sont soumises à ce grand corps, dans la séance du 16 prairial an XII. La discussion, qui s'établit sur ces bases, est bientôt ajournée pour se mettre d'accord sur l'organisation du nouvel ordre judiciaire. Cette difficulté, jointe à d'autres[5], tient en suspens, pendant trois

[2] Ils ont été recueillis en un volume in-8°, qui a pour titre : *Projet de Code criminel, avec les observations des rédacteurs, celles du Tribunal de cassation et le compte rendu par le grand juge,* Paris, an XIII, Garnery, éd.

[3] *Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code criminel,* 4 vol. in-4°, an XIII.

[4] Parmi ces questions, voici celles qui concernent plus particulièrement le droit pénal : IXe question : *La peine de mort sera-t-elle conservée?* — Xe question : *Y aura-t-il des peines perpétuelles?* — XIe question : *La confiscation aura-t-elle lieu en certains cas?* — XIIe question : *Les juges auront-ils une certaine latitude dans l'application des peines? Y aura-t-il un maximum et un minimum qui leur laisseront la faculté de prononcer la peine pour plus ou moins de temps, suivant les circonstances?* — XIIIe question : *Pourra-t-on placer sous la surveillance certains condamnés qui auront subi leur peine, et pourra-t-on exiger, dans certains cas, des cautions de leur conduite future?* — XIVe question : *Y aura-t-il un mode de réhabilitation pour les condamnés dont la conduite aura mérité cette faveur?*

[5] M. Cruppi, avocat général à la Cour de cassation, dans un discours de rentrée, prononcé en 1896, sous ce titre : *Napoléon et le jury,* a montré que la principale cause des retards apportés à la législation criminelle, est venue de la question du jury. « Napoléon ne peut supporter une juridiction qui, malgré les précautions savantes du recrutement administratif, risquera sans cesse d'échapper à son pouvoir : il fait pour l'anéantir des tentatives répétées, mais il se heurte à des résistances. Le jury trouve dans le pays, dans l'élite des jurisconsultes, d'énergiques défenseurs ».

ans, les projets de codification. Lorsqu'on reprit la discussion, en janvier 1808, on sépara les lois de forme et les lois de fond : les premières furent présentées au Corps législatif dans un projet de Code d'instruction criminelle, les autres, dans un projet de Code pénal. Le premier fut décrété à la fin de 1808 : le second, au commencement de 1810. On attendit, pour mettre en activité les deux Codes, que la magistrature, réorganisée par la loi du 20 avril 1810, fût régulièrement instituée. Ces deux Codes eurent donc force obligatoire à partir du 1er janvier 1811.

78. Le Code pénal de 1810 est une œuvre tout à la fois de réaction et de reconstitution. Il a pour base les principes de l'école utilitaire et pour caractère d'organiser la *défense sociale* au moyen de l'*intimidation*[6]. Les idées de justice ne paraissent avoir préoccupé le législateur que dans la mesure restreinte d'une certaine proportionnalité judiciaire de la peine au délit. Le Code pénal a adopté la division tripartite des infractions, des peines et des juridictions. Au point de vue des *incriminations*, c'est surtout par l'excès de la sévérité qu'il se distingue. Aussi trouve-t-on dans ce Code des incriminations injustes, telles que le délit de non-révélation de complot, des assimilations exagérées,

[6] Voici, sur les principes philosophiques qui ont inspiré les rédacteurs du Code pénal, ce qu'on rencontre dans les *Observations* de TARGET, placées en tête du projet de Code criminel : « Il est certain que la peine n'est pas une vengeance : cette triste jouissance des âmes basses et cruelles n'entre pour rien dans la raison des lois. *C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime.* Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi; mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance. Après le plus détestable forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût désormais à craindre, la punition du dernier coupable serait une barbarie sans fruit, et *l'on ose dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi.* La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils entraînent. L'efficacité de la peine se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu'elle inspire ». LOCRÉ, t. XXIX, p. 8. Ces observations expriment, avec la plus grande netteté, les doctrines de Bentham. Ce sont ces doctrines, en effet, que l'on trouve au fond des dispositions du Code pénal de 1810. Les traités de législation civile et pénale de Bentham avaient été traduits et publiés en 1802 par Dumont. L'influence de Kant ne s'est pas encore fait sentir en France, au moins dans les sphères officielles.

telles que celles de la tentative au délit consommé, du complice à l'auteur principal [7]. Dans l'*organisation des peines,* le Code pénal se préoccupe exclusivement de frapper le coupable : l'idée de l'amender par la répression lui est étrangère. On y rencontre la peine de mort et les peines perpétuelles prodiguées, des châtiments excessifs, des mutilations barbares, des peines injustes par leurs conséquences, telles que la confiscation générale et la mort civile. Le Code pénal inflige la mutilation du poing au parricide avant l'exécution à mort, la marque à certains condamnés, le carcan. Son système de pénalité par privation de liberté n'est qu'une fiction, car il n'y a pas d'établissements pénitentiaires pour correspondre à la distinction des peines. Tels sont les principaux vices de cette législation. Mais, à d'autres points de vue, le Code pénal de 1810 a *réalisé* ou *conservé* des progrès importants : 1° Comme œuvre de codification, il est rédigé avec beaucoup de simplicité, de clarté et d'ordre ; les crimes et les délits, faits de même nature, quoique de gravité différente, ne sont plus séparés ; le législateur les réunit dans le livre III, et consacre le livre IV aux contraventions. 2° Le droit de grâce, qui avait été déjà rendu au Chef de l'État par un sénatus-consulte du 16 thermidor an X, et les peines perpétuelles sont rétablies. 3° Les peines temporaires ne sont plus fixes, l'importante innovation d'un *maximum* et d'un *minimum* y est introduite ; elle est accompagnée d'une organisation embryonnaire des circonstances atténuantes, dont le bénéfice est limité aux délits ayant causé un préjudice ne dépassant pas vingt-cinq francs.

79. Nous n'étudierons pas ce Code tel qu'il a été rédigé ; bien

Ces lois, que nous retrouverons sous chacun des articles qu'elles complètent ou modifient, et dont l'énumération serait longue et inutile, sont, du reste, de deux sortes au point de vue du procédé législatif : 1° Les unes ont été incorporées dans les textes mêmes du Code, dont elles ont respecté l'économie. Ainsi, une révision d'ensemble du Code pénal a été faite par la loi du 28 avril 1832[8]; et, à cette époque, une nouvelle édition en a été officiellement donnée. Depuis lors, plusieurs lois très importantes, notamment la loi du 13 mai 1863[9], celle du 23 janvier 1874, du 15 novembre 1892, ont encore remanié un certain nombre de ses dispositions. 2° Les autres lois, qui se rattachent à notre Code pénal pour le compléter ou le modifier, sont, au contraire, restées en dehors de l'œuvre de codification : telles sont, par exemple, la loi du 8 juin 1850, sur la déportation; celle du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus; celle du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés; celle du 27 mai 1885, sur la relégation des récidivistes; et, pour partie, soit celle du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive, soit la loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines.

80. Les principales réformes, dont notre droit pénal a été l'objet depuis 1810, se rattachent aux idées suivantes : l'*adoucissement de la pénalité;* le *développement de l'institution des circonstances atténuantes;* l'*extension des qualifications* du Code pénal; l'*amendement* du condamné par la peine; l'organisation de la *défense sociale* sur la base de la *distinction entre condamnés primaires et récidivistes.*

a, L'adoucissement du système pénal a inspiré trois ordres de réformes : 1° Un certain nombre de peines ont été supprimées ou adoucies. Entre autres dispositions légales ayant eu ce

[8] Cette révision a porté sur 162 articles du Code pénal. Elle s'est également étendue au Code d'instruction criminelle. Voy. A. Chauveau, *Code pénal progressif; Commentaire sur la loi modificative du Code pénal* Paris, 1832).

[9] Cette révision, moins étendue que celle de 1832, porte sur 45 articles du Code pénal. Sur cette loi : G. Dutruc, *Le Code pénal modifié par la loi du 13 mai 1863* (Paris, 1863).

but et cet effet, nous citerons : l'article 66 de la charte de 1814, abolissant la confiscation générale ; la loi du 28 avril 1832, supprimant la marque et l'amputation du poing, pour le parricide, avant son exécution ; la constitution du 4 novembre 1848, abolissant la peine de mort en matière politique, et la loi du 8 juin 1850, la remplaçant par la déportation dans une enceinte fortifiée ; la loi du 12 avril 1848, supprimant l'exposition publique ; la loi du 31 mai 1854, abolissant la mort civile ; les nombreuses lois qui ont modifié l'organisation de la surveillance de la haute police, et la loi du 27 mai 1885 qui l'a remplacée par l'interdiction de séjour. 2° Quelques incriminations, injustes ou inutiles, ont disparu, particulièrement celles de non-révélation des complots formés ou des crimes projetés contre la sûreté de l'État, et de non-révélation des crimes de fausse monnaie, supprimées en 1834. 3° Un certain nombre de faits ont été déclassés et ont passé de la catégorie des *crimes* dans celle des *délits*. Cette *correctionnalisation légale* a été commencée par la loi du 25 juin 1824, qui a fait descendre, dans la classe des délits, les *vols* commis, soit dans une auberge ou hôtellerie, par d'autres que l'aubergiste ou l'hôtelier, ou l'un de leurs préposés, soit dans les champs ou ventes, vols que les articles 386, *in fine*, et 388 punissaient de la réclusion. Elle a été complétée par la loi du 28 avril 1832 et celle du 13 mai 1863. Mais, dans la transformation des crimes en délits, la loi de 1863 s'est montrée bien plus large que celle de 1832.

b) L'extension des circonstances atténuantes, réalisée timidement d'abord par la loi du 25 juin 1824, complètement ensuite

s'est attachée à prévoir, par de nouvelles dispositions, tous les actes antisociaux et à combler ainsi les lacunes que la jurisprudence avait signalées dans l'arsenal de la défense sociale. Les qualifications générales du Code pénal, particulièrement celles de l'*escroquerie*, de l'*abus de confiance* et du *vol* ont été successivement développées depuis 1810. La loi du 13 mai 1863 a soumis, à ce point de vue, les textes du Code pénal à une révision générale et attentive. C'est, à cette époque, par exemple, qu'a été prévu et puni le délit de chantage (art. 406, § 2). Auparavant, la loi du 28 avril 1832 avait érigé en crimes ou délits : dans les articles 317 et 318, le fait d'administrer des substances nuisibles à la santé; dans l'article 184, § 2, la violation du domicile de la part d'un simple particulier; dans l'article 400, le détournement ou la destruction d'objets saisis; dans l'article 408, le détournement d'objets confiés à l'auteur de ce fait pour un travail non salarié. En dehors du Code pénal, des lois importantes ont étendu le domaine du droit répressif : à l'ivresse publique (L. 26 juill. 1873) : au fait de vivre du jeu et du proxénétisme sur la voie publique (L. 27 mai 1885, art. 17).

d) L'amendement du condamné par la peine, dont le Code de 1810 ne s'était pas préoccupé, est devenu, depuis cette époque, un des principaux objectifs de la loi pénale. Des essais, pour arriver à ce résultat, ont été tentés dans une double direction. Le législateur a usé de deux procédés : 1° *le procédé de la transportation dans des colonies pénales*, organisé par les lois du 8 juin 1850, sur la déportation, et du 30 mai 1854, sur l'exécution des travaux forcés; 2° *le procédé pénitentiaire*, dont les lois du 5 août 1850, sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, la loi du 5 juin 1875, sur la réforme des prisons départementales, et la loi du 14 août 1885, sur les moyens de prévenir la récidive, contiennent des applications intéressantes.

e) Le nombre croissant des récidivistes attestant, malgré ces efforts, l'insuffisance du régime pénal et pénitentiaire, on s'est avisé que le problème de la criminalité ne pouvait être résolu que par la distinction entre les délinquants primaires et les récidivistes. Essayer, tout en punissant les premiers, de leur éviter la prison, retirer les seconds hors d'un milieu social où ils ne

32 bis. Les lois spéciales sont de deux sortes. *a*) Les unes ont pour but de réglementer certaines matières; ce n'est qu'accessoirement qu'elles sanctionnent leurs dispositions par des mesures pénales. Nous citerons notamment, comme appartenant à cette catégorie : 1° la loi des 28 sept.-6 oct. 1791, dite Code rural; 2° la loi du 3 mars 1822 sur la police sanitaire; 3° la loi du 21 mai 1827, dite Code forestier; 4° la loi du 15 juin 1829 sur la pêche fluviale; 5° la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse; 6° la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. *b*) D'autres lois sont exclusivement pénales. Telles sont : 1° les deux Codes de justice militaire : l'un pour l'armée de terre, des 9 juin-4 août 1857; l'autre, pour l'armée de mer, des 4-13 juin 1858; 2° les nombreuses lois sur les délits de presse, qui ont été toutes abrogées par la loi du 29 juillet 1881, qui forme le Code général de la presse en France.

32 ter. Comment faut-il combiner le *droit commun* et le *droit spécial* ? Les principes généraux du droit commun doivent recevoir leur application non seulement aux infractions réprimées par le Code pénal, mais encore à celles qui sont prévues par des lois et règlements particuliers. Ce principe admet des réserves, deux catégories d'exceptions : 1° les premières résultent des dispositions mêmes des lois et règlements spéciaux qui déro-

[illegible] rapport, est intervenu un décret, en date du 26 mars 1887, instituant une commission et en désignant les membres. Cette première commission, après un travail de deux ans, a établi un projet, en 112 articles, intitulé : Titre IV. *Des infractions en général et des peines*. On en trouvera le texte au [illegible] : *Bulletin de la société générale des prisons*, 1893, p. 157. M. [illegible]

gent expressément aux règles générales de fond et de forme qui constituent le droit commun; 2° les secondes, des dispositions mêmes du droit commun qui parfois, comme en matière de circonstances atténuantes (C. p., art. 463), excluent de leur application les infractions prévues par les lois spéciales.

§ XIV. — LE DROIT PÉNAL ÉTRANGER

83. Travail de codification et de modification du droit criminel. — **84.** Groupe des législations anglo-saxonnes. — **85.** Groupe des législations dérivant du Code français. — **86.** Groupe des législations d'origine germanique. — **87.** Droit pénal russe.

83. Le droit criminel, en Europe, est, presque partout, en voie de *codification* et *de transformation* [1]. Les principales tendances qui se font jour dans ce mouvement général [2] con-

§ XIV. [1] La codification, en matière de droit criminel surtout, constitue une nécessité des temps modernes. Elle assied et met hors de discussion les devoirs de chacun; elle en assure l'observation, parce qu'elle en vulgarise la connaissance; enfin, elle supprime l'arbitraire. Elle répond ainsi à ce besoin de tout gouvernement libre, la *fixité* et la *publicité* du droit. Il n'est donc pas étonnant que ce travail de codification, qui marque la fin du siècle dernier, se soit étendu à toute l'Europe. A l'exception de l'Angleterre, — où les idées de codification ont cependant fait bien des progrès — tous les pays de l'Europe ont aujourd'hui codifié leur droit criminel. Le premier volume de *La législation pénale comparée*, publiée par l'Union internationale de droit pénal, sous la direction de Franz von Liszt, sous le titre : *Le droit criminel des États européens* (Berlin et Paris, 1894., développe, pour chaque pays, les fondements historiques de la législation actuellement en vigueur, résume, à grands traits, le contenu du droit pénal tout entier de ce pays et renvoie, avec exactitude, aux sources, à la littérature et à la jurisprudence. Cet ouvrage, indispensable à tout criminaliste, nous permettra d'être très bref sur les renseignements généraux de législation étrangère.

[2] Ce mouvement général, pour la réforme de la législation pénale, déjà constaté par Ortolan en 1838 (*Cours de législation pénale comparée*, p. 39) est rattaché, avec raison, par l'éminent criminaliste, à la révolution sociale de 1889. On peut comparer le tableau du mouvement législatif qu'il traçait, en 1838, avec celui que nous traçons en 1897 (p. 44 à 50). Voy.

peuvent vivre sans reprendre leurs habitudes d'activité malfaisante, tel paraît avoir été le programme que la loi du 26 mars 1891, créatrice du sursis à exécution, et la loi du 27 mai 1885, sur la relégation des récidivistes, ont tenté de réaliser.

En résumé, si l'on veut apprécier l'évolution du droit pénal en France depuis 1810, on voit que, spontanément, inconsciemment, pour ainsi dire, notre législation semble marcher vers la réalisation du triple but que nous avons assigné à ses efforts. Il consiste à enlever aux criminels *incorrigibles* les moyens de nuire, à *améliorer* ceux qui sont capables de revenir au bien, à *intimider* les criminels d'occasion. Notre droit pénal moderne débute par l'*intimidation*. Dans le Code de 1810, la pénalité ne paraît pas avoir d'autre fonction. Pour arrêter le criminel, il suffit, semble-t-il, de placer, en face de l'occasion qui le tente, la menace du châtiment qui doit le frapper. Le régime des incriminations et celui des peines se caractérisent, en effet, par une sévérité excessive. Mais on s'aperçoit bientôt que ce système va contre son but. Le nombre des récidivistes atteste que les lieux dans lesquels les condamnés sont détenus deviennent des foyers de corruption mutuelle. L'idée de l'*amendement* du condamné par la peine, qui avait été étrangère au Code pénal, commence à préoccuper l'opinion. Cette idée a ses partisans, elle a même ses fanatiques. La loi française s'engage timidement dans la voie pénitentiaire. Nous constaterons ses essais et ses tâtonnements, la faveur et la défaveur successive dont a joui le système cellulaire. Puis, en face du flot montant de la récidive, on se décide, par des moyens énergiques, à se *débarrasser des incorrigibles*. La relégation des récidivistes paraît être le dernier terme de

teur ne s'est placé en face de ce problème, qui est le seul et le vrai problème du droit pénal moderne : *étant données les diverses classes de criminels, organiser des peines adaptées à chacune d'elles.* Pourrait-il, du reste, le résoudre? Sans doute, il lui appartient d'organiser des *mesures répressives* pour les criminels d'occasion, des *mesures exclusives* pour les criminels incorrigibles, des *mesures pénitentiaires* pour ceux qui sont susceptibles d'amendement. Et malgré les améliorations dont il a été l'objet, il est incontestable que le Code pénal n'est plus en harmonie avec le milieu social. Si le système des *incriminations* a été étendu et assoupli par l'interprétation sagement et prudemment progressive de la Cour de cassation, dont l'admirable jurisprudence a su perpétuellement rajeunir notre vieux Code, le système pénal est resté bien insuffisant et bien défectueux, malgré les corrections successives et contradictoires qu'on lui a fait subir. A certains points de vue, l'échelle des peines est renversée. La réclusion est plus intimidante que les travaux forcés. La déportation, appliquée aux criminels politiques, est un non sens. Le bannissement, héritage des vieux Codes, ne peut être utilisé tel qu'il est édicté. L'emprisonnement, avec la promiscuité qui le caractérise, n'intimide pas, ne moralise pas et coûte cher au budget. Une refonte générale du système pénal et surtout du système pénitentiaire s'impose donc à la France. Mais après l'œuvre de la loi, vient l'œuvre du juge, et, pour nous, cette dernière est décisive. Il faut que la loi laisse aux tribunaux la latitude d'adapter les institutions exclusives, répressives et pénitentiaires, qu'elle a le devoir d'organiser, aux tempéraments divers des criminels. L'*individualisation de la peine* est donc une nécessité qui s'impose dans les Codes scientifiques de l'avenir, et l'institution des circonstances atténuantes, celle du sursis à exécution, celle de la libération conditionnelle, ne sont que des étapes dans la voie où il faut aiguiller les réformes[10].

[10] Une commission, chargée de préparer une réforme d'ensemble de toute notre législation pénale, a été instituée, en 1887, au ministère de la Justice. *Le Journal officiel* du 27 mars 1887 publie le rapport adressé, à ce sujet, par M. le garde des sceaux, au président de la République. A la suite de

tenir une bonne conduite. Par cette dernière peine accessoire, dont il est souvent fait application, le condamné est forcé de signer un engagement dans lequel il s'oblige à payer une somme fixée pour le cas où il ne tiendrait pas une bonne conduite ou troublerait la paix publique (*to keep the peace*).

Les principes fondamentaux, qui dominent encore aujourd'hui la procédure anglaise, sont : 1° le droit d'accusation privé; 2° la faculté pour l'accusé de limiter le terrain du débat, en plaidant coupable ou non coupable (*guilty or not guilty*); 3° l'examen oral; 4° la publicité à toutes les phases de la procédure; 5° le concours du peuple à l'administration de la justice par l'organisation d'un double jury, le jury d'accusation et le jury de jugement. Du reste, ce système de procédure, qui rappelle beaucoup celui du droit romain à l'époque des *quæstiones perpetuæ*, tend à se transformer, soit par l'introduction, en Angleterre, d'un ministère public, soit par une organisation nouvelle des juridictions criminelles.

La législation anglaise a inspiré la législation pénale des divers États dont la réunion forme les États-Unis d'Amérique. Chacun de ces États a des Codes spéciaux, qui varient plus ou moins dans leurs détails, mais dont les principes généraux présentent entre eux la plus grande analogie[7]. Le Code actuel de l'État de New-York date de 1881. C'est un des plus remarquables.

85. II. Au commencement de ce siècle, nos Codes, issus de la Révolution, ont étendu leur empire, ou tout au moins leur influence, sur tout le centre et le midi de l'Europe, sur l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la Belgique et la Hollande, et leur

notre législation criminelle ont travaillé à l'améliorer; si bien qu'aujourd'hui leur législation, qui a pour point de départ notre droit criminel moderne, peut fournir, en retour, au législateur français les bases de réformes qui s'imposent.

L'Espagne a révisé son Code pénal en 1870[1]. Son Code de procédure pénale (*Ley de Enjuiciamento criminal*) a été promulgué le 14 septembre 1882. La législation espagnole est la base des Codes des républiques de l'Amérique du Sud, par exemple du Code brésilien du 11 octobre 1890, de celui du Chili du 12 novembre 1874, de celui de la république Argentine du 25 novembre 1886.

Le Code pénal portugais date de 1852. Une loi de 1867 a aboli la peine de mort dans ce pays et celle des travaux forcés, et les a remplacées par l'emprisonnement cellulaire. D'autres, moins importantes, ayant modifié les dispositions de ce Code, le besoin d'une révision générale s'est fait sentir. Elle a eu lieu, et le nouveau Code révisé date du 16 septembre 1886[2].

La Suisse, qui possède une législation pénale fédérale, régissant tous les cantons, mais ne s'appliquant qu'aux délits politiques commis par ou contre les fonctionnaires fédéraux et à quelques délits d'une nature particulière, a des Codes spéciaux, dans chaque canton, qui s'inspirent, les uns de la législation française (Suisse romande), les autres de la législation allemande

[1] Le Code pénal espagnol a été traduit en français et annoté par MM. Laget et Valdesson, *Théorie du Code pénal espagnol* (Paris, 1882). C'est en 1822 que parut le premier Code pénal espagnol : il tenait à la fois des *Partidas*, sorte de Digeste publié au XIIIe siècle, et des lois spéciales nécessitées par le temps. Un nouveau Code le remplaça en 1848. Ce dernier a été révisé, d'abord en 1850, puis en 1870. Un nouveau projet de Code pénal avait été présenté en 1884. Mais il paraît abandonné. Voy. E. Lehr, *Rev. de droit inter. et de légis. comp.*, 1885, p. 561 et suiv. Sur le droit pénal espagnol : *Droit criminel des États européens*, p. 139 à 193.

[2] V. l'analyse de ce Code : *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 425 à 481. Cfr. Henry Midosi, *Notice sur la législation portugaise Ann. de lég. etr.*, 1875, p. 162). *Le droit criminel des États européens*, p. 193 à 229. Comp. Branco, *Notice sur l'évolution du droit pénal portugais* (*Bull. soc. des prisons*, 1888, p. 950 à 979).

(Suisse allemande), d'autres de la législation italienne[10]. Nous renvoyons pour tous les renseignements à l'ouvrage si complet et si sûr de Stooss sur les « Codes pénaux suisses rangés par ordre de matière[11] ». Ce distingué criminaliste avait reçu du Conseil fédéral suisse la mission de préparer le projet d'un Code pénal unitaire de la Confédération suisse. Il a mené à bonne fin ce gigantesque travail et a fait imprimer le résultat de ses recherches, soit dans l'ouvrage que nous venons de citer, soit dans ses « Principes fondamentaux du droit pénal suisse[12] ». Les études sur le projet de Code pénal se poursuivent, avec certaines difficultés, qui tiennent, d'une part, à l'esprit particulariste du peuple suisse, et, de l'autre, à certaines défiances légitimes contre le développement de l'esprit de centralisation[13]. Il est permis d'espérer néanmoins que la réforme aboutira dans un temps plus ou moins prochain.

La Belgique, séparée de la France, conserva pendant longtemps la législation française, à laquelle furent apportés, du reste, quelques changements heureux. Ainsi, la Constitution, décrétée le 7 février 1831, abolit la mort civile et la confiscation des biens. Mais ces changements partiels ne paraissant pas suffisants, une refonte du Code pénal, depuis longtemps réclamée par l'opinion publique, promise même par la Constitution, eut lieu à la suite de longs et remarquables travaux[14]. Un

[10] *Le droit criminel des États européens :* Suisse. 1° *La Suisse allemande*, par Teichmann (p. 47 à 84). 2° *La Suisse romande*, par A. Gautier (p. 85 à 100). 3° *Le canton du Tessin*, par Stefano Gabuzzi (p. 101 à 111). On trouvera, dans ce travail, un résumé très complet et très scientifique, soit de la

nouveau Code pénal fut promulgué le 8 juin 1867. Quelques modifications y ont été introduites depuis lors. Une réforme analogue est en voie de s'accomplir pour le Code de procédure pénale, dont le titre préliminaire a fait l'objet d'une loi promulguée le 17 avril 1878[15].

Le Code pénal français a également cessé d'être en vigueur dans le grand-duché du Luxembourg, à partir de 1879. Le Code nouveau, qui lui a été substitué, est calqué sur le Code pénal belge de 1867[16].

La Hollande, où notre Code pénal fut introduit en 1811, est entrée en possession, le 3 mars 1881, d'un Code pénal nouveau, qui offre peut-être l'expression la plus avancée de la science du droit criminel, telle que l'ont conçue les classiques[17]. Le Code pénal hollandais se compose de 471 articles. Il conçoit, d'une façon nouvelle, à la fois le système des infractions, le système des peines et le pouvoir d'appréciation du juge. Il ne reconnaît que deux ordres d'infractions, qu'il sépare absolument : les *délits* et les *contraventions*. En ce qui concerne la pénalité, il repousse la complexité des anciennes législations,

commentaire et complément du Code pénal belge, Bruxelles, 1869, 4 vol. in-4°. Cfr. Thézard, *Révision du Code pénal en Belgique* (*Rev. crit.*, 1867, t. XIII, p. 156, 302, 444). Le Traité le plus important, paru en Belgique sur le droit pénal, est celui de Haus, *Principes généraux de droit pénal belge*, 3e éd., 2 vol., 1879. C'est un des ouvrages les plus scientifiques et les plus remarquables qui aient été publiés sur le droit pénal général. Aj. Thiry, *Cours de droit criminel*, 2e éd., Liège, 1896. La notice sur la législation pénale belge dans *Le droit criminel des États européens* (p. 26 à 35) est l'œuvre d'A. Prins.

[15] Texte et note sur cette loi : *Annuaire de législ. étrangère*, 1879, p. 443 à 457.

[16] Code pénal luxembourgeois, avec référence aux articles du Code pénal français, par M. Ruppert (Luxembourg, 1879); L. Limelette, *Étude sur le Code du grand-duché de Luxembourg* (*Bull. soc. de législ.*, 1882, p. 327). Voy. *Le droit criminel des États européens*, p. 36 et 37.

[17] Ce Code a été traduit en français par Wintgens (Imprimerie nationale, 1883). Ce travail fait partie de la collection des Codes étrangers, publiée par les soins de la *Société de législation comparée*. L'analyse de la législation pénale des Pays-Bas et de leurs colonies a été faite par G. A. van Hamel, dans *Le droit criminel des États européens*, p. 437 à 450.

supprime la peine de mort et fonde tout son système pénal sur la privation de liberté. Enfin, quant au droit d'apprécier la quotité de la peine, le juge est maître absolu. Le Code hollandais établit un *maximum*, mais il ne fixe pas de *minimum* à la peine. Quelle que soit l'infraction, le juge est libre de n'appliquer qu'un jour de prison et un demi-florin d'amende. C'est le système de l'*individualisation* de la peine poussée jusqu'à ses dernières limites, mais sans l'institution du jury qui n'existe pas dans ce pays.

Le Code pénal suédois date de 1866[18]. Le Code pénal norwégien, promulgué en 1842, a été révisé en 1874 et en 1879. Ces Codes ont, entre eux, beaucoup de rapports. Le Code pénal danois a été promulgué le 10 février 1866. Il appartient au même groupe[19].

Le droit pénal, actuellement en vigueur dans l'Empire ottoman, « offre un amalgame étrange de droit musulman doctrinal, de droit pénal français, de droit national et d'arbitraire[20] ». Le Code pénal qui régit la Turquie, et forme aujourd'hui le droit commun dans la matière, date de 1858. Il reproduit le Code pénal français. Le Code égyptien de 1883 est une édition revue et corrigée du Code pénal ottoman[21].

L'Italie n'a unifié sa législation pénale qu'en 1889[22]. On sait

[18] Consultez, pour l'analyse de ce Code : Almquist, *Résumé historique de la réforme pénitentiaire en Suède* (Stockholm, 1885).

[19] Voy., dans *Le droit criminel des Etats européens*, les notices pour la législation pénale du Danemarck, de la Suède et de la Norwège, p. 453 à 508.

que la question de la peine de mort, qui avait été abolie en Toscane (Code pénal toscan de 1853) et maintenue dans le reste de l'Italie (Code pénal sarde de 1859), a été la cause principale des retards subis par les nombreux projets qui ont enfin abouti au Code actuel de 1889. Ce Code s'inspire des idées de l'école classique, mais avec une tendance novatrice qui l'a fait qualifier, par les criminalistes de l'école sociologique, d'œuvre éclectique. Nous aurons de nombreux emprunts à lui faire[22].

86. III. A la fin du XVe et au commencement du XVIe siècle, on essaya, dans quelques pays d'Allemagne, de remédier à l'anarchie dans laquelle se trouvait le droit pénal. On vit alors surgir des recueils, dans lesquels sont réunis et résumés, soit les différents droits locaux (*Landrechte*), soit la procédure à suivre devant les tribunaux (*Landgerichtsordnung*), soit les règlements des villes réformées (*reformirten Stadtrechte*). Quelques Codes furent même promulgués, contenant, à côté des lois de fond, les règles de la procédure pénale. Parmi ces Codes, il faut signaler : le règlement criminel (*Malefiz-Ordnung*), pour le comté du Tyrol, promulgué par Maximilien Ier, en 1499; le règlement de justice criminelle du même prince, de l'année 1506, pour la ville de Radolphzell, et surtout la loi de justice

PAOLI, *Espositione storica e scientifica dei lavori di preparazione del Codice penale italiano dal 1866 al 1884* (Florence, 1884). — Ces divers projets ont donné lieu à des travaux remarquables soit en France, soit à l'étranger. Citons seulement en France : Th. BROCHER (*Rev. gén. de droit*, 1877, t. I, p. 506 et suiv., 564 et suiv.); A. DE BOVILLE (*Bull. de la soc. de législ. comp.*, 1876-1877, p. 485); G. VIDAL (*Journ. de droit intern. privé*, 1877, p. 344); MOLINIER, *Études sur le nouveau projet du Code pénal pour le royaume d'Italie* (1879-1880, Paris et Toulouse); ALIMENA, *Le projet du Code pénal italien*, Paris et Lyon, 1888.

[22] Voy. ALIMENA, La péninsule italienne dans *Le droit criminel des États européens*, p. 115 à 133. On trouvera, à la fin de ce travail (p. 132), la bibliographie de la littérature italienne. Le Code pénal italien a été traduit : 1° par SARRAUTE (*Le Code pénal pour le royaume d'Italie*, traduit, annoté et précédé d'une introduction, Paris, 1890); 2° par LACOINTA (*Le Code pénal d'Italie*, traduit, annoté et précédé d'une introduction, Paris, 1891). C'est l'édition de la Société de législation comparée; 3° par TURREL (*Code pénal italien*, Paris, 1890).

criminelle de Bamberg, de 1507 (*Bambergische Halsgerichtsordnung*), désignée quelquefois, avec une certaine exagération, comme « la mère de la Caroline » (*die Mutter der Carolina*). Ces efforts vers l'unité et la clarté dans la législation pénale aboutirent à la promulgation, le 27 juin 1532, du règlement de justice criminelle de l'empereur Charles-Quint et du saint Empire romain (*Kaiser Karls des funfften und des heilichen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung*)[24], désigné, par abréviation, sous le nom de la *Caroline*. Du reste, à la suite de représentations faites par quelques États, il fut dit, dans les préliminaires de cette loi, que « les électeurs, princes et États, n'étaient pas obligés de renoncer à leurs vieilles coutumes respectables et conformes au droit. » Cette addition, qui reçut plus tard le nom de « clause salutaire » (*Salvatorische Clausel*), servit souvent à écarter l'application de la Caroline. Cette loi forma cependant le droit commun allemand en matière criminelle. Mais l'esprit particulariste, un moment arrêté au XVIe siècle, reprit le dessus, et si la première partie du dicton du moyen âge : « Le droit des villes prime le droit du pays » (*Stadtrecht bricht Land-*

[24] Cfr. Sur l'histoire du droit criminel allemand : STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. On trouvera des renseignements abrégés sur cette histoire dans *Le droit criminel des États européens :* L'empire d'Allemagne, p. 261 à 366. La *Caroline*, avec ses divers projets préparatoires, se trouve dans l'édition suivante : *Die peinliche Gerichtsordnung kaiser Karl's V, nelst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtordnung*, publiée par Heinrich ZÆPEL, 1876. — La Caroline est rédigée en allemand, en une langue claire et énergique rappelant celle de Luther. Elle diffère essentiellement, quant au fond et quant à la forme, d'un Code pénal mo-

recht), ne fut plus vraie en matière pénale, la seconde partie, le « droit du pays prime le droit commun » (*Landrecht bricht gemeines Recht*), devint de plus en plus exacte. Depuis le XVIIIe siècle jusqu'au milieu du XIXe, ce qui frappe, quand on étudie l'histoire du droit criminel allemand, c'est un mouvement de décentralisation législative qui donne naissance, dans chaque État, à des Codes particuliers, dont les plus remarquables sont : le *Codex juris bavarici criminalis* de 1751, la *Constitutio criminalis theresiana* de 1768, le Code pénal bavarois de 1813[25], les Codes de droit pénal prussien de 1794 et 1851, le Code pénal saxon de 1838, le Code pénal du Hanovre et celui de Brunswick de 1840, celui de Hesse-Darmstad de 1841, le Code pénal badois de 1845, celui de Thuringe de 1850.

Depuis 1856, un travail inverse de centralisation s'est opéré, soit en Allemagne, soit en Autriche.

La confédération de l'Allemagne du Nord, formée sous l'hégémonie de la Prusse, s'est donnée une législation pénale commune. Ce mouvement a commencé, par l'établissement d'une Cour suprême judiciaire à Leipzig, et par la promulgation, le 31 mai 1870, d'un Code pénal, qui est devenu, par suite des victoires prussiennes, à partir du 1er janvier 1872[26], le Code impérial fédéral germanique. Ce Code a été l'objet d'une révision importante en 1876[27]. Au Code pénal, ont fait suite une loi sur l'organisation judiciaire du 27 janvier 1879, et un Code de procédure pénale du 1er février 1877, qui sont entrés en vigueur,

[25] Comp. sur ce Code et le Code pénal français de 1810, qui se sont partagés, en Europe, l'influence de domination et de propagande scientifiques : BONNEVILLE DE MARSANGY, *Rev. crit. de législ.*, 1852, p. 616. On trouvera le tableau du travail législatif des États allemands, jusqu'en 1838, dans ORTOLAN, *Cours de législ. pénale comp. (Introduction philosophique)*, p. 44; BERNER, *op. cit.*, § 61; *Die Strafgesetzgebung in Deutschland*, 1867; von LISZT, *Lehrbuch*, 8e éd., p. 22 à 38, 46 à 59.

[26] Ce Code a été traduit par M. RIBOT, *Annuaire de législation étrangere*, 1872, p. 80 et s. Cfr. MARTINET, *Étude sur l'origine du Code pénal allemand (Bull. soc. législ. comp.*, 1874, p. 149).

[27] Le texte de la loi de révision du 26 février 1876 est traduit dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1877, p. 135.

pour tout l'Empire, le 1er octobre 1879. Ainsi se trouve unifiée la législation pénale de l'Allemagne [28].

L'Autriche, séparée de la Confédération germanique, est entrée dans la même voie, par la promulgation, le 23 mai 1873, d'un Code de procédure pénale [29], qui se caractérise par un développement du système accusatoire, tel qui n'existe dans aucun autre Code des États du continent. L'application de ce Code doit être complétée par un Code pénal, une première fois soumis aux Chambres, en 1874, par le ministre de la justice Glaser, et non encore voté [30]. Ce Code doit remplacer celui du 27 mai 1852, actuellement en vigueur, qui a lui-même remplacé le Code pénal de 1803.

La Hongrie a suivi la même voie de réforme. Il n'y a pas longtemps encore, son droit criminel se composait des éléments épars dans le *Corpus juris Hungarici*, dans les coutumes et dans les décisions judiciaires : un nouveau Code pénal, préparé par de longs travaux, a été promulgué le 29 mai 1878 [31].

[28] Les manuels classiques du droit pénal allemand sont assez nombreux. Voici les plus estimés : Hugo Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (éd. de 1881, Erlangen); Berner (la 1re éd. date de 1857, la 13e, que j'ai sous les yeux, date de 1883 ; Franz von Liszt (8e éd. 1897, un des plus récents et des plus remarquables). Parmi les ouvrages plus considérables, je citerai : von Holtzendorff, *Handbuch der deutschen Strafrechts Einzelbeiträgen von verschiedenen Berfassern* (4 vol., 1871 à 1877 ; Halschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt.* (2 vol., 1881-1884); von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts* (3 vol.). On trouvera la bibliographie du droit pénal allemand, soit dans Binding, *op. cit.*, p. 43 à 51, soit dans la notice de Hermann Seuffert, sur l'empire d'Allemagne, dans *Le droit criminel des États européens*, p. 363 à 366.

La législation pénale autrichienne a été introduite dans la Bosnie et l'Herzégovine en 1881. Elle régit encore la Croatie-Slavonie, bien que ce pays forme, avec la Hongrie, une communauté politique.

La législation pénale des pays balkaniques a subi des influences très diverses et n'est pas puisée aux mêmes sources. En Bulgarie, le Code, ayant actuellement force de loi, est encore le Code pénal turc de 1857. Un projet nouveau a été présenté par le gouvernement en 1888, mais il a été retiré depuis [32]. La Grèce est régie par un Code qui date de 1834 et qui a été élaboré sur le modèle du Code pénal bavarois de 1813 [33]. Le Code pénal roumain, qui s'inspire du Code pénal français, a été promulgué en 1866 [34]. C'est, au contraire, le Code pénal prussien de 1851, qui a servi de base au Code pénal serbe de 1860 [35].

87. IV. Le droit pénal de la Russie [36] a, comme celui de presque tous les peuples, son origine dans la vengeance privée. L'idée que le délit constitue une offense sociale apparaît dans une loi importante, le Sudeback d'Ivan III (1497). La cruauté et l'arbitraire du système pénal qui caractérisent, depuis lors, la législation russe, ne commencent à prendre fin que par les réformes de l'empereur Nicolas. Non seulement ce prince abolit complètement la torture et adoucit les peines corporelles, mais,

par les soins de la Société de législation comparée. Sur la législation hongroise, on consultera surtout la notice publiée par Jules de Wlassics, dans *Le droit criminel des États européens*, p. 412 à 432.

[32] Voy. *Le droit criminel des États européens*, notice par Schismanow, p. 232 à 237.

[33] Voy. *Le droit criminel*, notice par Constantin A. Hypriades, p. 238 à 240.

[34] Voy. *Le droit criminel*, notice par Missir, p. 245 à 252.

[35] Voy. *Le droit criminel*, notice, p. 253 à 258.

[36] Comp. Lehr, *La nouvelle organisation judiciaire de la Russie* (Paris, 1875); *La nouvelle législation pénale de la Russie* (*Rev. de lég. franç. anc. et mod.*, 1875, p. 270 et suiv.; 1876, p. 166 et suiv.); Tagantzef, *Cours de droit pénal* (en russe), Saint-Pétersbourg, 1874-1880; *Leçons de droit criminel russe* (en langue russe), *partie générale* (Saint-Pétersbourg, 1887). Voy. dans *Le droit criminel des États européens*, la notice très complète de Foinitzki, p. 513 à 558.

en 1845, il codifie la législation pénale. Son Code, d'une casuistique exagérée, comprend près de 2.000 articles; l'édition, revue en 1857, a servi de base à celle de 1885, qui régit aujourd'hui la Russie. Mais une nouvelle législation pénale se prépare, rendue nécessaire par la réforme des lois judiciaires russes [37]. Elle proclame l'égalité de tous devant la loi. Elle adoucit le sytème pénal. La mort civile, les punitions corporelles sont rayées du projet de la commission. Ces travaux, commencés en 1880, touchent à leur fin [38].

Le grand-duché de Finlande a été régi, jusqu'à ces derniers temps, par le Code pénal suédois de 1754, aujourd'hui remplacé par un Code, voté en 1889, et qui n'a été sanctionné, après de longues vicissitudes, qu'en 1894 [39].

§ XV. — DIVISION DE L'OUVRAGE

88. Partie générale. Partie spéciale. — 89. Division.

88. Le droit positif a pour objet l'*incrimination* et la *pénalité*, c'est-à-dire la *détermination des faits punissables* et l'*indication des peines*. Mais les règles de l'incrimination, comme celles de la pénalité, sont de deux sortes : 1° les unes, *générales*, se réfèrent aux conditions que doit réunir tout délit, quel qu'il soit, et aux circonstances particulières qui peuvent le modifier; elles organisent un système général de peines; 2° les autres, *spéciales*, définissent les diverses espèces d'infractions et indiquent l'application de telle ou telle peine à tel ou tel

De là, une division fondamentale dans l'étude du droit pénal, qui comprend essentiellement deux parties : la *partie générale* et la *partie spéciale*. Le Code pénal de 1810 a suivi cette division naturelle : ses *dispositions préliminaires* (art. 1 à 5) et ses deux premiers livres (art. 6 à 74) sont consacrés aux règles générales de la criminalité et au système pénal. Ses deux derniers livres (liv. III et IV; art. 75 à 484), aux incriminations et aux pénalités particulières [1].

89. Cette division sera nécessairement la nôtre. Nous étudierons, dans une *première partie*, les dispositions générales du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, qui se réfèrent aux règles de l'incrimination et de la pénalité. Quatre livres y seront consacrés : le premier s'occupera de l'*infraction;* le deuxième, de la *peine;* le troisième, *des circonstances qui influent sur l'infraction et la peine;* le quatrième de la *pluralité d'infracteurs et d'infractions*. Dans une *seconde partie*, nous examinerons les variétés et espèces d'infractions. Cette partie sera divisée en deux livres : le premier, consacré aux *crimes* et *délits;* le second, aux *contraventions*.

Le plan que nous suivrons, se rapprochera, dans une certaine mesure, du plan suivi par le législateur. Cette concordance, moins sensible du reste dans la première partie de cet ouvrage que dans la seconde, nous paraît imposée par le caractère tout à la fois [illegible]que et pratique de ce traité.

[1] [illegible] on remarque, dans notre Code, tantôt l'omission com- [illegible] les essentielles qui sont rejetées dans le Code d'ins- [illegible] que [illegible] étudierons cependant ici, tantôt le mélange [illegible] à d[illegible] articulières. Les imperfections de méthode [illegible] tout[illegible] xplications, soit dans les précédents his- [illegible] Code d'instruction criminelle a été voté [illegible] al [illegible] ganiser la procédure, il a fallu se mettre [illegible] od.

LE

DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

L'INFRACTION ET LA PEINE

Bibliographie générale. — BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal* (Paris, 1821). — BÉRANGER, *De la répression pénale, de ses formes, de ses effets* (2 vol. in-8°, Paris, 1855). — BERRIAT SAINT-PRIX (J.), *Cours de droit criminel* (5e édit., in-8°, Paris, 1855). — BERTAULD, *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle* (4e éd., in-8°, Paris, 1873). — BLANCHE (A.), *Études pratiques sur le Code pénal* (7 vol. in-8°, Paris, 1861-1872). La 2e éd., révisée par DUTRUC, a paru en 1889. — BOITARD et FAUSTIN HÉLIE, *Leçons de droit criminel, contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle* (13e édit., Paris, 1874). — BOURGUIGNON, *Jurisprudence des Codes criminels* (3 vol. in-8°, 1825). — DALLOZ, *Code pénal annoté* (in-4°, Paris, 1881-1882). — DIEUDONNÉ, *Répétitions de droit criminel* (2e éd., 1 vol. in-8°, 1875). — CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal* (2e éd., 2 vol. in-4°, Paris, 1836). — CHAUVEAU (A.), *Code pénal progressif*. Commentaire de la loi modificative du Code pénal (in-8°, Paris, 1832). — CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code pénal* (5e éd., 6 vol. in-8°, Paris, 1873). La 6e éd. révisée par VILLEY a paru en 1887. — FAUSTIN HÉLIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux* (2 vol. in-8°, Paris, 1877). Le second volume est consacré au droit pénal. — HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge* (3e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1879). — LABORDE, *Cours élémentaire de droit criminel* (1890, in-8°). — LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel* (premier et deuxième fascicules) (in-8°, Paris, 1880-1881). — LE POITTEVIN, *Dictionnaire-formulaire des parquets et de la police judiciaire* (2e éd., 3 vol. in-8°, 1895). — LEGRAVEREND, *Traité de législation criminelle en France* (3e éd., 2 vol. in-4°, Paris, 1830). — LEFORT, *Cours élémentaire de droit criminel* (2e éd., in-8°, Paris, 1879). — LE SELLYER, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité* (2e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1875). — MARIE, *Éléments de droit pénal et d'instruction criminelle* (in-12, 1896). — MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse* (in-8°, Toulouse, 1851); *id.*, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, annoté par G. VIDAL (2 vol. parus, 1893-1894). — MOUTON, *Les lois pénales de la France* (2 vol. gr. in-8°, Paris, 1868). — MORIN, *Répertoire général et raisonné du droit criminel* (2 vol. gr. in-8°, Pa-

ris, 1851). — NORMAND, *Traité élémentaire du droit criminel* (in-8°, 1896). — NYPELS, *Le droit pénal français progressif et comparé* (Bruxelles, 1868). — ORTOLAN, *Éléments de droit pénal* (5e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1886); *Résumé des éléments de droit pénal* (1 vol. in-8°, 1874). — ROLLAND DE VILLARGUES, *Les Codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine* (5e éd., 2 vol. gr. in-8°, Paris, 1877). — ROSSI, *Traité de droit pénal* (4e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1872). — RAUTER, *Traité théorique et pratique de droit criminel français* (2 vol. in-8°, Paris, 1836). — RICHARD-MAISONNEUVE, *Exposé de droit pénal et d'instruction criminelle* (in-8°, 1874). — TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel* (2 vol. in-8°, Paris, 1854). Une deuxième édition de cet ouvrage, formant, en réalité, un ouvrage nouveau, a été publiée par MM. LAINÉ-DESHAYES et GUILLOUARD (Paris, 1878). — TISSOT, *Le droit pénal étudié dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples* (2e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1880). — G. VIDAL, *Cours résumé de droit pénal* (in-12, 1894). — VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel* (4e éd., in-8°, 1890).

Périodiques. — En dehors des recueils généraux de jurisprudence ou des revues qui portent sur l'ensemble du droit, les journaux français, exclusivement consacrés au droit criminel, sont : le *Journal de droit criminel*, paraissant depuis 1829; le *Journal du ministère public*, paraissant depuis 1858; le *Journal des parquets*, depuis 1886. Tous ces recueils sont mensuels. Le *Journal du droit criminel* et le *Journal du ministère public* se sont fondus, depuis 1896, sous ce titre : *Journal du ministère public et du droit criminel*. Le *Bulletin de la société générale des prisons*, qui paraissait sous ce titre depuis 1876, a adopté, depuis 1894, le titre de *Revue pénitentiaire*. C'est également un recueil mensuel. *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, paraissant, tous les deux mois, depuis 1886. Le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* (partie criminelle) paraît depuis l'an VII.

LIVRE PREMIER

DE L'INFRACTION

TITRE PREMIER

DÉFINITION, CLASSIFICATION, ÉLÉMENTS DES INFRACTIONS

§ I. — DÉFINITION JURIDIQUE DE L'INFRACTION[1]

(C. p., art. 1er.)

90. Caractères généraux de l'infraction. — **91**. Infraction pénale. Infraction disciplinaire. — **92**. Délit pénal. Délit et quasi-délit civils. — **93**. Classement des infractions.

90. Le Code pénal, à l'exemple de la plupart des Codes étrangers, ne définit pas l'infraction (le méfait, *maleficium*),

§ I. [1] Nous ne nous occupons pas de rechercher ce que serait le *délit naturel*, c'est-à-dire l'*acte délictueux* au point de vue sociologique. Nous avons déjà dit combien cette recherche était vaine (*suprà*, p. 39, n° 19). Il suffit, du reste, pour s'en convaincre, de consulter : P. Blocq et J. Onanoff, *Une définition naturelle du crime et du criminel*, *Rev. scient.*, 1890, t. II, p. 752 ; A. Hamon, *De la définition du crime*, *Arch. d'anthrop.*, 1893, p. 42. Comp. Garofalo, *La criminologie*, p. 1 à 55. — V. les très fines et très ingénieuses critiques de la définition du délit naturel par Garofalo : Vaccaro, *Genesi e funzioni delle legge penali* (Rome, 1889), p. 154 ; Brusa, *Sul nuovi positivismo nella giustizia penale* (Turin, 1885), p. 300 ; Impallomeni, *Il codice penale italiano illustrato* (Florence, 1890), t. I, p. 16. D'après Tarde (*La philosophie pénale*, p. 71), les délits naturels sont « tous les actes

c'est-à-dire la violation de la loi pénale; il ne nous dit pas ce qui la caractérise; il se contente de définir les trois catégories d'infractions qu'il a cru devoir distinguer : les *crimes*, les *délits* et les *contraventions*. Le Code de brumaire an IV contenait, dans son article 1er, cette définition générale : « *Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique est un délit* ». Cette définition a le tort de ne pas être complète; telle qu'elle est formulée, elle met cependant en relief deux caractères de l'infraction qui sont essentiels à son existence, mais elle en omet deux autres qui ne le sont pas moins. Toute infraction, en effet, a quatre caractères, qui se retrouvent toujours, et servent, au point de vue juridique, à la caractériser et à la distinguer des autres violations de la loi.

I. L'infraction suppose toujours un *acte externe*. D'où deux conséquences corrélatives : 1° Plus de *délits d'intention*, c'est-à-dire de délits n'impliquant qu'une volonté criminelle, restée

que les impulsions organiques de la nature humaine, en ce qu'elle a d'identique partout et toujours, ont fait commettre en tout temps et en tout lieu, et que leur opposition aux conditions fondamentales de la vie sociale a fait en tout temps et en tout lieu désapprouver et flétrir ». D'après Colajanni (*Socialismo e sociologia criminale*, t. I, p. 64) : « sont des actions punissables, celles qui sont déterminées par des motifs individuels et antisociaux et qui troublent les conditions d'existence et offensent la moralité moyenne d'un peuple dans un moment donné ». Toutes ces définitions donnent bien le caractère fondamendal du fait délictueux, qui est d'être un fait en opposition avec les conditions fondamentales de la vie sociale. Que l'on parvienne à déterminer les conditions qu'il faut apprécier

à l'état de résolution (*voluntas sceleris*); 2° Plus de *délits d'opinion*, c'est-à-dire de délits consistant dans l'expression pure et simple d'une thèse morale, sociale ou religieuse. La loi pénale ne doit gouverner les rapports des hommes entre eux qu'en tant qu'ils se manifestent par des *actes*. Ces actes, dont l'ensemble forme le *corps du délit*, c'est-à-dire le délit lui-même envisagé dans ses éléments *externes* ou *physiques*, abstraction faite de ses éléments *internes* ou *moraux*[2], peuvent consister soit en des *actions*, soit en des *inactions*[3]. Les délits d'action ne comprennent pas seulement des *faits* proprement dits, tels qu'un homicide, un vol ; ils peuvent se commettre aussi par des *paroles* ou des *écrits*, même par des *images* ou des *emblèmes*. Ils sont de beaucoup plus nombreux que les délits d'inaction, qui ont même, dans toute législation pénale, un caractère exceptionnel. On conçoit, en effet, que le *devoir de s'abstenir* d'actes coupables, qui compromettent la vie, l'honneur, la liberté, la fortune d'autrui, soit plus fréquemment imposé par la loi positive que le devoir d'agir pour protéger ces mêmes intérêts[4]. La loi pé-

[2] Quelquefois, ce mot « *corps du délit* » est pris dans un sens impropre, pour désigner les *choses* qui forment l'objet de l'infraction et qui font seulement partie du corps du délit. C'est dans ce sens que le législateur autorise la confiscation du corps du délit (C. p., art. 11). Sur le *corps du délit* en général : Haus, t. I, n°s 289, 290 ; Ortolan, t. I, n° 1133. Sur le corps du délit dans les délits d'inaction : Ortolan (*Rev. prat.*, 1856, t. I, p. 338).

[3] Cette distinction a joué un grand rôle dans le droit romain, qui divisait les délits, en délits *in omittendo* et délits *in committendo*. Mais elle avait surtout de l'importance dans le droit civil, au point de vue du caractère et des effets de la faute (*culpa*). Dans le droit moderne, elle n'a aucune utilité au point de vue pratique, et n'est intéressante à relever qu'au point de vue théorique de la notion d'*obligation*. Nos devoirs consistent beaucoup plus souvent, en effet, à nous abstenir d'un fait qui porterait préjudice à autrui qu'à accomplir un acte qui lui serait profitable. D'un autre côté, il est évidemment plus grave, moralement et socialement, d'agir contre le droit d'autrui que de rester dans l'inertie à son égard.

[4] Loysel, dans ses *Institutes*, a recueilli, comme une règle coutumière, cet adage : « *Qui peut et n'empêche pèche* ». C'est là une formule *théologique* plutôt qu'une formule *pénale*, et si, dans notre ancien droit, elle avait quelque portée, elle n'en a plus guère dans le droit moderne. L'inaction, même volontaire, en présence d'un acte illicite, n'est, en général, considérée ni

nale est *prohibitive* bien plus qu'*impérative*[3]. Ce qu'il importe de remarquer, du reste : 1° c'est que les délits d'inaction, comme les délits d'action, se manifestent par des faits extérieurs, et que la juridiction compétente ne peut incriminer une inaction que si elle les constate dans la déclaration de culpabilité[4]; 2° que certains délits qui sont, en général, des délits d'actions, peuvent se commettre par inaction : tels sont le meurtre, l'infanticide, l'homicide par imprudence. Mais il n'en est ainsi que dans le cas où l'accomplissement d'un fait positif constituerait un devoir juridiquement exigible.

II. L'infraction est une action ou une inaction accomplie en violation des lois « *qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique* ». Cette formule indique exactement le but qui doit être assigné à la loi pénale. En effet, un caractère essentiel de l'infraction est d'être en opposition avec les conditions fondamentales de la vie sociale, et c'est seu-

comme un délit *sui generis*, ni comme un acte de complicité. En d'autres termes, le Code pénal ne punit ni celui qui n'empêche pas un délit qu'il lui est facile ou possible de prévenir, ni celui qui s'abstient de porter secours à son prochain en péril ou en détresse. C'est un point sur lequel nous insisterons à propos de la complicité.

[3] Presque toujours, le délit d'inaction est un délit non intentionnel, il est puni abstraction faite de l'intention et quelle que soit la bonne foi de celui qui s'est abstenu. Les délits d'inaction consistent, en effet, le plus souvent, dans des contraventions à des lois ou à des règlements de police, c'est-à-dire dans l'omission, par négligence ou imprudence, de quelque précaution ou obligation imposée dans un intérêt de bon ordre.

[4] Par exemple, la loi punit le citoyen, porté sur la liste du jury de ses-

lement en raison de ce caractère et des dangers qu'entraîne pour l'ordre et la tranquillité publique telle action ou telle inaction, que la loi la défend ou l'ordonne sous menace de châtiment. Aussi, dans toute législation pénale d'un peuple civilisé, l'infraction donne essentiellement naissance à une action, intentée *au nom de la société*, soit par des particuliers, sans caractère officiel, soit par des fonctionnaires spéciaux, et qu'on appelle, pour ce motif, *action publique*. L'infraction peut également produire un dommage individuel et donner naissance à une *action privée* en réparation de ce dommage. Mais, tandis que l'action publique est aujourd'hui la conséquence *nécessaire* de toute infraction [7], l'action privée est seulement la conséquence de l'infraction dommageable, et toutes les infractions n'ont pas ce caractère.

III. La définition du Code de brumaire est incomplète, en ce qu'elle omet l'élément principal de l'infraction : car le manquement à la défense ou à l'ordre de la loi n'est une infraction, que si la menace d'une peine y a été formellement attachée. Un Code pénal ne dit pas seulement : « On ne doit pas tuer ... »; il dit : « Quiconque commet un homicide est puni de telle peine ». Cette condition de la *punibilité* du fait prévu par la loi a même une telle importance qu'elle devrait suffire à une définition sommaire : on pourrait dire, et on a dit souvent : *l'infraction est une action ou une inaction punie par la loi pénale*. Du reste, si cette condition est oubliée par le Code de brumaire, elle est relevée par l'article 1er du Code pénal de 1810, qui classe les infractions d'après les *peines* qui leur sont applicables. Ce qu'il faut observer, c'est que tout fait prévu par une loi pénale est une infraction, quand même le droit d'appliquer la *peine afflictive* ou *infamante, correctionnelle* ou *de police*.

[7] Nous ne connaissons plus aujourd'hui la distinction des *délits publics* et des *délits privés;* tous les *délits*, c'est-à-dire tous les faits punis par la loi d'une peine proprement dite, ne sont punis que parce que leur répression intéresse la société. Quelques auteurs appellent cependant *délits privés* ceux qui ne peuvent être poursuivis que sur la plainte de la partie lésée. Comp., par exemple, Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Délit*, n° 8. Mais cette expression, qui prête à l'équivoque, doit être bannie du langage scientifique.

est exceptionnellement attribué, par le législateur, soit aux tribunaux civils, soit à tous les tribunaux indistinctement (C. instr. cr., art. 505), soit au juge d'instruction (C. inst. cr., art. 80, 81). En effet, la nature de la juridiction qui applique la peine ne peut modifier la nature du fait punissable[8]. En un mot, pour savoir si tel fait, prévu et réprimé, soit par une loi en dehors du Code pénal, soit par un tribunal qui n'est pas un tribunal de répression, constitue une infraction proprement dite, à laquelle devront être appliquées les règles du droit répressif, il faut tenir compte d'un double élément et se demander : 1° quelle est la nature du fait punissable; 2° quelle est la nature de la peine dont il est frappé. Le fait n'est un *délit pénal* que s'il rentre, par sa nature même et la peine dont il est frappé, dans le domaine des prescriptions d'intérêt général.

IV. Mais un fait n'est délictueux que s'il est accompli sans droit. L'injustice de l'acte est un élément essentiel du délit. Or, un fait peut être prohibé par la loi sous menace de châtiment et devenir juste parce que, telle circonstance étant donnée, l'auteur de ce fait avait le droit ou même le devoir de l'accomplir. Ainsi, l'homicide de l'agresseur, par celui qui est en état de légitime défense, est un droit, l'homicide du condamné est un devoir pour l'exécuteur. Ces circonstances font donc disparaître le caractère délictueux du fait prévu par la loi.

[8] Comp. en sens contraire : DALLOZ, *Jur. gén.*, v° *Délit*, n° 12. Les distinctions faites sont très confuses et ne peuvent servir de base à une théorie

En résumé, si l'on veut embrasser, dans une définition complète, les éléments essentiels à toute infraction, on dira : *l'infraction est un fait ordonné ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit*[1].

De cette définition résultent trois règles qu'il importe de mettre en relief : 1° Il n'existe d'infraction que dans les limites d'une loi précise, antérieure au fait incriminé, ordonnant ou défendant un acte (*Nullum delictum sine lege*); 2° Il ne peut exister d'infraction tant que la loi se borne à défendre ou à ordonner et qu'elle ne sanctionne pas, au moyen d'une peine, la désobéissance à ses ordres (*Nulla pœna sine lege*). Toute loi pénale proprement dite se constitue donc de deux éléments, aussi essentiels l'un que l'autre : un *précepte* et une *sanction;* 3° L'infraction est poursuivie et punie au nom de l'État. En effet, tout délit, quel qu'il soit, implique une offense à la *volonté commune :* offense à l'*État* que nous pouvons considérer comme étant la personnification de la volonté commune; offense à la *loi* qui est la formule extérieure de cette volonté.

91. Il importe de séparer des infractions à la loi pénale les *fautes de discipline*, c'est-à-dire les infractions que peuvent commettre, dans l'exercice ou en dehors de l'exercice de leurs fonctions, certaines personnes assujetties à des devoirs spéciaux par les règlements de leur corporation : les avocats, les notaires,

[1] Carmignani, dans ses *Juris criminalis elementa*, § 78, définit l'infraction : « *Legis civilis latæ infractio ab actione seu positiva seu negativa moraliter imputabili proficiscens* ». Et dans sa *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (t. II, p. 51) : « *La infrazione della legge della citta garante della publica sicurezza e della privata, verificabile in un fatto dell' uomo, animato de perfetta e diretta intenzione* ». Carrara, dans son *Programme du cours de droit criminel, partie générale*, § 21, la définit : « *L'infraction à une loi de l'État, promulguée pour protéger la sécurité des citoyens, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, et moralement imputable à son auteur* ». Berner, *Lehrbuch*, § 71, appelle délit « *certaines espèces d'actions immorales par lesquelles un individu offense la volonté commune, en attaquant un droit public ou privé, ou en blessant des idées religieuses, ou des coutumes sur lesquelles l'État a besoin de s'appuyer pour sa propre conservation* ».

les avoués, les huissiers, les magistrats, par exemple[10].

L'établissement du pouvoir disciplinaire a pour but d'assurer l'accomplissement des *devoirs professionnels* des membres de la corporation. Du but de cette institution, nous devons tirer quatre corollaires : *a*) *Quant aux infractions disciplinaires :* la juridiction disciplinaire, à la différence de la juridiction pénale, a le droit d'incriminer tous les actes qui constituent des infractions aux devoirs de toute nature imposés aux membres de la corporation, alors même que ces actes n'auraient pas été prévus à l'avance par la loi : elle jouit, en général, d'un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer quels sont les faits qui peuvent être considérés comme des fautes de discipline, les actes de nature à porter atteinte à la délicatesse et à l'honneur du corps dont les délinquants font partie[11]; *b*) *Quant aux peines :* inspirées par une pensée de correction pour le coupable ou de dignité à sauvegarder pour le corps auquel il appartient, ces peines ont un caractère tout spécial; la juridiction disciplinaire peut, en effet, prononcer, suivant la gravité des cas, le rappel à l'ordre, la censure simple par la décision même, la censure avec réprimande, quelquefois même la suspension ou la destitution[12]; *c*) *Quant à l'action disciplinaire :* cette action, qui tend à la répression des infractions disciplinaires par des peines de cette espèce, est une action *sui generis*, qui n'a rien de commun avec l'action publique ou l'action civile[13]. La conséquence en est que, dans le cas où un fait

[10] Les devoirs de service et d'office n'incombent pas seulement aux fonctionnaires, mais à tous ceux qui ont un mandat public. Ainsi, les conseils

de la nature de ceux qui peuvent provoquer l'action disciplinaire est, en même temps, un délit pénal ou un délit ou quasi-délit civil, comme serait un faux commis par un officier ministériel, une décision disciplinaire intervenant ne pourrait faire obstacle à l'exercice ultérieur de l'action publique ou de l'action civile, pas plus qu'une décision civile ou pénale ne ferait, en principe, obstacle à l'exercice ultérieur de l'action disciplinaire[14]. Cependant, l'autorité appelée à statuer disciplinairement doit, dans une mesure que je déterminerai plus tard, respecter la chose jugée par les tribunaux de répression : ainsi, elle commettrait un excès de pouvoir si elle donnait ou refusait de donner au fait, objet de la poursuite, la qualification qui lui a été soit donnée, soit déniée par la juridiction criminelle. Enfin, l'extinction de l'action publique par la prescription ou l'amnistie, ne paralyserait pas l'exercice de l'action disciplinaire à raison du fait prescrit ou amnistié[15]; *d*) *Quant aux preuves :* les juridictions disciplinaires ont le droit de baser leurs décisions sur des preuves qui, pour des juridictions civiles ou pénales, n'eussent pas été légalement admissibles[16].

92. I. Les infractions à la loi pénale prennent souvent la qualification de *délits*. Le mot *délit*, ainsi entendu de tout fait punissable, est synonyme d'*infraction*. C'est la signification générale que lui donnait l'intitulé du « Code des *délits* et des *peines* » du 3 brumaire an IV [17]. C'est avec cette signification

cer contre l'inculpé et au profit de la partie civile, une condamnation à des restitutions civiles; ils peuvent seulement appliquer les peines établies par la loi : Cass., 7 janvier 1885 (S. 88. 1. 477).

[14] Sur ces divers points : Garsonnet, *Cours de procédure*, § 60, p. 237; Haus, t. I, nos 260 à 262. La jurisprudence est conforme.

[15] Cfr. Paris, 25 août 1881 (S. 82. 2. 73); Morin, *Discipline des cours et tribunaux*, t. II, no 480.

[16] Cfr. Cass., 4 janvier 1887 (S. 87. 1. 32); Lefebvre, *Traité de la discipline notariale devant les tribunaux et les chambres de notaires*, nos 839 et suiv.; Morin, *op cit.*, no 773.

[17] Il faut même remarquer que, dans la législation antérieure au Code pénal de 1810, le mot *délit* était l'expression générique désignant tous les faits punissables. Cfr. Const. du 3 sept. 1791, titre 1er. C'est ce qui résulte encore de l'intitulé de la section IV du titre 1er de la 2e partie du Code pénal de 1791.

qu'il est souvent employé par les publicistes comme par les praticiens, et qu'il figure même dans plusieurs dispositions, soit de nos Codes criminels, soit de nos autres lois répressives, notamment en ces expressions consacrées : *flagrant délit* (C. instr. cr., art. 11, 30 ; *délits connexes* (C. instr. cr., art. 226 et 227); *corps du délit* (C. p., art. 14). Mais le mot « *délit* » est employé avec des significations tellement variées, que je crois devoir l'écarter du langage technique; on donne, en effet, à ce mot, trois autres significations, ou plus restreintes, ou plus étendues que la signification générale que je viens d'indiquer.

II. Ainsi, dans les textes du Code civil, on appelle *délit* tout fait illicite portant préjudice à autrui. Si ce fait a été commis précisement à dessein de nuire (*dolo*), il garde le nom de *délit;* s'il est simplement le résultat d'une négligence ou d'une imprudence (*culpa*), il prend le nom de *quasi-délit*. Le délit ou quasi-délit de droit civil est tout différent du délit de droit pénal. Il n'existe que par le *préjudice;* et la loi civile n'intervient que pour consacrer et organiser le principe d'une *réparation* au profit de la personne lésée (C. civ., art. 1382 et suiv.). C'est la justice *indemnisante* qui est mise en œuvre par celui qui en a souffert. Le délit pénal, au contraire, existe par cela seul que le fait prévu par la loi a été commis, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il a causé un préjudice. C'est la justice *punissante* qui intervient dans l'intérêt du rétablissement de l'ordre. L'existence du préjudice est un élément à considérer, surtout au point de vue des conséquences du délit; en effet, le délit pénal *préjudiciable* donne naissance à une *action civile,* tendant à des dommages-intérêts, distincte de l'*action publique,* tendant à l'appli-

sable, du port d'armes prohibées, et de ces nombreuses infractions, telles que le complot, le vagabondage, la mendicité, etc., qui sont contraires à l'ordre social, sans avoir, du moins par elles-mêmes, de suites dommageables. 2° A l'inverse, la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte aux droits d'autrui, même lorsqu'ils sont commis avec intention de nuire. Par exemple, les faits de dol, tels que le stellionnat[18], le recel d'effets dépendant d'une succession ou d'une communauté (C. civ., art. 791 et 801), qui ne rentrent dans les termes ni de l'escroquerie ni du vol, sont des *délits de droit civil,* sans être des *délits de droit pénal.* 3° Enfin, il est des faits préjudiciables et illicites qui sont des *délits en droit pénal* et des *quasi-délits en droit civil.* Il en est ainsi de l'homicide et des blessures causés par imprudence ou par négligence, faits prévus et punis par les articles 319 et 320 du Code pénal.

III. En droit pénal même, le mot *délit* peut être pris, *stricto sensu*, dans deux acceptions différentes. 1° Quand on oppose le *délit* à la *contravention,* le mot *délit* est employé pour désigner le fait qui implique l'intention d'enfreindre la loi pénale et qui n'est puni qu'en raison de cette intention; le mot *contravention,* pour désigner le fait qui est puni, même lorsqu'il est commis sans intention méchante, par imprudence, ou par négligence. 2° Dans un sens plus restreint encore, déterminé par l'article 1er du Code pénal[19], l'expression *délit* s'applique à toute infraction qui est réprimée par des peines correctionnelles : on oppose, dans ce sens, le *délit de police correctionnelle,* soit au *crime,* c'est-à-dire à l'infraction punie de peines afflictives ou simplement infamantes, soit à la *contravention,* c'est-à-dire à l'infraction punie de peines de simple police.

93. Ayant ainsi défini l'infraction, — *definitio quæstionis; definitio nominis,* — nous allons nous occuper du classement,

[18] Le stellionnat est défini par l'article 2059 du Code civil. Nous aurons, à propos de l'escroquerie (C. p., art. 405), à comparer le dol civil et le dol criminel.

[19] C'est, en effet, le Code pénal de 1810 qui paraît avoir assigné, pour la première fois, à l'expression « *délit* » ce sens restreint et spécifique, dans lequel on l'emploie par opposition au *crime* et à la *contravention*.

d'infractions, mais des in-
sser les infractions, — soit au
, en crimes, délits, contraventions;
leur nature, en infractions inten-
; — soit au point de leur *ma-*
simples et infractions collectives ou
instantanées et infractions continues
infractions flagrantes et infractions non fla-
au point de vue de leur *objet*, en infractions
ublique et infractions contre les particuliers;
olitiques et infractions non politiques — soit
de leur *étendue*, en infractions ordinaires, et
spéciales.

, dans autant de paragraphes distincts, chacune
classifications[20].

§ II. CLASSEMENT DES INFRACTIONS AU POINT DE VUE DE LEUR GRAVITÉ

(C. p., art. 1er.)

94. Classification tripartite du Code pénal. — **95.** Utilité de cette classification. — **96.** Critère de la classification. Double difficulté.

94. L'article 1er du Code pénal contient une classification générale des infractions, en contraventions, délits et crimes : « *L'infraction que les lois punissent des peines de police est*

aucune raison pour faire trois classes d'infractions, plutôt que deux, quatre, ou un plus grand nombre ». Remarquons cependant, pour répondre à cette critique, que les actes, dont la répression est commandée par la justice et l'utilité sociale, sont d'une nature et, par conséquent, d'une gravité bien différentes : on peut donc les classer, en infractions graves, que l'on appellera des crimes, moins graves, que l'on appellera des délits, légères enfin, que l'on appellera des contraventions. Or, il est facile de comprendre, en lisant l'article 1er C. p., que, pour classer les infractions, le législateur s'est placé au point de vue de leur *gravité relative*, et que cette classification, loin d'être arbitraire, est la plus naturelle de toutes, celle qui vient immédiatement à l'esprit. — « Mais alors, ajoute-t-on, cette classification est *peu rationnelle*, puisque c'est de la gravité de la peine que le Code pénal fait dépendre la nature de l'infraction, tandis que, rationnellement, c'est de la nature de l'infraction, que devrait dépendre la gravité de la peine. En disant, dans sa première disposition : *Distinctio delictorum ex pœna*, au lieu de dire : *Distinctio pœnarum ex delicto*, le Code pénal ne renverse-t-il pas les bases d'une classification rationnelle des infractions[1] »? Le législateur ne mérite pas cette critique. On ne peut lui contester le droit de classer les infractions. Ce travail, il doit le faire et il le fait, en appréciant la gravité de chaque infraction, d'après la perversité qu'elle suppose et le danger social dont elle peut être la cause. Puis, proportionnant la gravité de la peine à la gravité de l'infraction, il frappe, de peines criminelles, les infractions les plus graves, de peines correctionnelles, les in-

§ II. [1] Cette critique a pris, sous la plume de Rossi, (t. I, p. 54), une forme très vive et très acerbe : « C'est dire au public : Ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines; regardez le pouvoir, fait-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, que l'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du Code entier par la lecture de l'article 1er ». M. Haus, a répondu victorieusement à Rossi dans ses *Observations sur le projet de C. p. belge* (t. I, p. 62). Cfr. Chauveau et Hélie, t. I, n° 15; Berner, *op. cit.*, § 73.

moins graves, de peines de simple police, les infrac- travail achevé, le législateur a pu dire : « Vous gravité d'une infraction aux peines dont je C'est ce qu'il a fait, et pas autre chose dans Code pénal. Cette classification repose donc, primitivement, sur la *nature intrinsèque* des actes par rapport à leur *gravité*. Ce n'est pas cette clas- qu'il faut critiquer, mais la manière dont le législa- répartissant les infractions dans les trois qu'il a tracés. En d'autres termes, ce n'est pas ce qu'une infraction est qualifiée crime, parce qu'elle est peines criminelles, mais de ce qu'elle est punie de peines criminelles, alors qu'en raison de sa nature, elle méritait une peine correctionnelle, que l'on pourrait faire grief à la loi. C'est dans cette mesure et sur ce terrain seulement que les critiques seraient légitimes.

95. Il ne faut donc pas chercher, dans l'article 1er du Code pénal, ce que le législateur n'a pas voulu y mettre, c'est-à-dire un classement scientifique des infractions. Ce qu'on peut et doit demander à un Code, c'est une classification nette et pratique, et tel est bien le caractère de cette division des infractions en trois catégories[1].

[1] Le Code pénal belge, révisé en 1867, a conservé cette classification. Elle est adoptée par le C. p. allemand, § 1, (*Verbrechen. Vergehen. Uebertretungen*). Telle est encore la division fondamentale des infractions dans le projet de Code autrichien (*Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1876, p. 328), et le premier projet de Code pénal italien; mais elle est repoussée par le Code

Les ju[illegible]
de pro[illegible]
nos lois [illegible]
qui se cro[illegible]
mner : [illegible]
pour juge[illegible]
ger les délits [illegible]
contraventions [illegible]
— et c'est [illegible]
tenir. [illegible]
cité des [illegible]
ces difficul[illegible]
au délit [illegible]
séparation [illegible]
division de [illegible]
mercial. [illegible]

[illegible] doit
Mais [illegible] nelle,
de L[illegible] 637). Il
1872, p. [illegible] nalt au
Vag. [illegible] *rime*. La
[illegible] ûée à pro-
[illegible] nuantes. Dès
[illegible] s sûre, parce
[illegible] ualification des
[illegible] faut distinguer
[illegible] les premières
[illegible], les secondes
[illegible] tet, l'article 1er
[illegible] *punie par*
[illegible] excusé n'est
[illegible]. Il en est
[illegible] ffet ne mo-
[illegible] par le juge.
[illegible] éclassement
[illegible] dances atté-

compétent pour juger telle infraction, on recherche sa gravité, et, pour déterminer sa gravité, on se demande quelle peine lui est applicable. Cette classification est donc si intimement liée à nos institutions judiciaires qu'il serait impossible de les comprendre si on l'effaçait.

Plus on pénètre dans l'étude de notre législation criminelle, plus on apprécie le caractère, à la fois simple et pratique, de la classification adoptée par le Code pénal. Partout où il est nécessaire, au point de vue des règles de *fond* comme à celui des règles de *forme*, de prendre en considération la gravité de l'infraction, l'article 1er du Code pénal donne un diagnostic sûr, parce qu'il est matériel. Plus tard, on verra quel en est l'intérêt aux divers points de vue de la *prescription*, de la *tentative*, du *cumul* des infractions, de la *récidive*, de la *complicité*, des *circonstances atténuantes*. Dans la procédure, cette distinction a une grande importance en ce qui concerne l'*instruction préparatoire*, la *détention préventive*. Enfin, elle a longtemps dominé l'application de la loi française, soit quant à l'*extradition*, soit quant aux *faits délictueux commis à l'étranger*, et, malgré les dispositions nouvelles de la loi du 27 juin 1866, et le développement tous les jours plus grand de l'extradition, cette distinction tient encore, dans ces matières, une place considérable.

96. La seule difficulté sérieuse qu'elle ait soulevée naît de la distinction entre la *criminalité légale* et la *criminalité judiciaire*. Par suite de certaines circonstances, des faits que la loi punit, en général, de peines criminelles et qui sont, d'après leur nature intrinsèque, des crimes, ne sont plus réellement et dans

pable de meurtre, c'est-à-dire d'un *crime,* admet, en sa faveur, l'excuse légale de provocation, et la cour d'assises le condamne à cinq ans d'emprisonnement, c'est-à-dire, à une *peine correctionnelle.* — Pierre est accusé de vol commis avec violence, fait qui est un *crime,* puisqu'il est puni de la peine des travaux forcés à temps ; en déclarant Pierre coupable sur le fait principal et sur la circonstance aggravante, le jury lui accorde des circonstances atténuantes, et la cour, par application de l'article 463 C. p., ne le condamne qu'à cinq ans d'emprisonnement, c'est-à-dire à une *peine correctionnelle.* — Les faits commis par Pierre, dans ces hypothèses, sont-ils des *crimes* ou des *délits?* La question a de l'importance au point de vue de l'application des règles du droit criminel, et, par exemple, — je ne cite que cet intérêt, — au point de vue de la durée de la prescription. Pierre est poursuivi le 15 janvier 1897, et l'infraction a été commise le 2 février 1892 : si l'infraction est un délit, et qu'il n'ait été fait aucun acte interruptif de prescription, Pierre doit être absous, car la prescription, en matière correctionnelle, s'accomplit par le délai de trois ans (C. instr. cr., art. 637). Il ne peut être condamné que si la cour d'assises reconnaît au fait dont l'accusé est déclaré coupable le caractère de *crime.* La question, que je pose ici, sera complètement discutée à propos de l'effet des excuses et des circonstances atténuantes. Dès maintenant, j'indique l'opinion qui me paraît la plus sûre, parce que seule elle est conforme au critère de la qualification des infractions posé par l'article 1er du Code pénal. Il faut distinguer entre les excuses et les circonstances atténuantes ; les premières peuvent modifier le caractère même de l'infraction, les secondes n'exercent leur influence que sur la peine. En effet, l'article 1er du Code pénal définit le délit : « *toute infraction punie par la loi de peines correctionnelles* » ; or, le crime excusé n'est *légalement* puni que d'une peine correctionnelle. Il en est autrement des circonstances atténuantes dont l'effet ne modifie pas la peine *légale,* mais la peine *appliquée* par le juge. Si donc les excuses légales peuvent produire un déclassement de l'infraction, il n'en est pas de même des circonstances atténuantes.

§ III. — CLASSEMENT DES INFRACTIONS AU POINT DE VUE DE LEUR MORALITÉ

97. Délits. Contraventions.

97. En étudiant les dispositions d'une législation pénale, on remarque qu'il en est de deux catégories. Les unes punissent des faits condamnés par la morale, tels que le *meurtre*, le *vol*, le *faux*, l'*escroquerie;* les autres, des faits indifférents, tels que le fait, pour le ministre d'un culte, d'avoir procédé aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage, préalablement reçu par un officier de l'état civil (C. p., art. 199). Dans ce dernier cas, la loi pénale *crée* des délits de droit positif (*Quædam natura turpia sunt; quædam civiliter et quasi more civitatis*)[1]. Il y a des faits intrinsèquement licites ou indifférents, qui sont commis sans dol, sans mauvaise intention et sans lésion directe aux droits d'autrui, et cependant le législateur peut trouver opportun de défendre ces actions ou de punir ces omissions, dans le but de pourvoir à la sécurité, à la prospérité des milieux sociaux, et de créer, dans l'esprit des citoyens, le sentiment même de cette sécurité et de cette prospérité. De sorte que, parmi les infractions, les unes prennent leur criminalité dans *l'intention seule* de l'agent, les autres se constituent, malgré la bonne foi de l'agent, par la *simple contravention* aux prohibitions ou aux prescriptions légales. Les premières rentrent dans l'exercice du *pouvoir pénal* de l'État; les secondes, dans l'exercice de son *pouvoir de police*,

Un certain nombre de Codes modernes ont substitué cette division bipartite, naturelle et nécessaire, aux divisions plus ou moins contingentes : ils classent les infractions en deux catégories, les *délits* et les *contraventions*. Le Code pénal français n'exprime pas cette division, mais il la suppose implicitement. Dans la catégorie des infractions intentionnelles (*délits*) rentrent, en effet, les *crimes* et la plupart des *délits correctionnels;* dans la catégorie des infractions non intentionnelles (*contraventions*), les *contraventions de police* et quelques *délits correctionnels,* tels que les délits fiscaux (contrebande de douane, délits en matière de contributions indirectes, etc.), les délits de chasse, de pêche, etc.

I. Il résulte déjà de cette constatation, soit au point de vue pratique, soit au point de vue théorique, que la distinction des *crimes* et *délits,* d'une part, des *contraventions,* de l'autre, est fondamentale : aussi a-t-elle servi de base au législateur dans le dénombrement des infractions que contient la partie spéciale du Code pénal. Le livre IV est particulier aux *contraventions;* le livre III comprend à la fois les *crimes* et *délits.* Ce plan est l'inverse de celui qui avait été suivi sous la législation intermédiaire; à cette époque, deux Codes étaient consacrés, l'un aux crimes, l'autre aux délits de police correctionnelle et de police municipale. Le seul système législatif rationnel est de réunir, dans un même Code ou dans une même partie de Code, les *crimes* et les *délits,* qui sont des faits de même nature, et de consacrer aux *contraventions* un Code spécial ou une partie spéciale du Code général.

II. Mais il en résulte aussi que la classification tripartite n'est pas absolument parallèle à la classification tripartite des infractions. Ordinairement, sans doute, les crimes et les délits sont des infractions intentionnelles, les contraventions, des infractions non intentionnelles. Mais parfois le législateur frappe d'une peine correctionnelle, quelquefois même, d'une peine criminelle, la violation de certaines prescriptions de police dont la gravité intrinsèque est telle qu'une peine minime paraîtrait insuffisante. Ces infractions, qui, par leur *nature,* sont des *contraventions,* et, par la *peine légale* qui les frappe, des *délits* ou

des *crimes*, ressortissent certainement des tribunaux correctionnels ou des cours d'assises : mais doit-on leur appliquer les règles des contraventions ou les règles des délits ? Ne faut-il pas en faire une quatrième catégorie, en dehors des trois classes d'infractions prévues par l'article 1er du Code pénal[3] ? En examinant la question, on est parfois tombé dans une confusion qu'il est nécessaire de signaler et de prévenir.

Certaines infractions, frappées de peines correctionnelles et qualifiées ainsi de ***délits***, sont punissables, quelle que soit la bonne foi de celui qui les commet. Que le prévenu ait eu conscience de l'illégalité de l'acte dont il se rendait coupable et ait voulu l'accomplir malgré cette conscience, ou qu'il ait agi sans « intention », la répression sera toujours encourue. Il existe donc, si l'on veut, des ***délits contraventionnels***, comme il existe des *contraventions* ***délictuelles***, c'est-à-dire des faits frappés de peines de simple police qui ne sont cependant réprimés que s'ils ont été commis avec intention (C. p., art. 475, § 8 ; 479, § 1 et § 9). C'est qu'en effet, le législateur français n'a pas uniquement tenu compte, dans les pénalités infligées aux diverses sortes d'infractions, de leur *nature intrinsèque*, punissant exclusivement de peines correctionnelles ou criminelles les *délits*, de peines de police les *contraventions*. La *nature de la peine* n'indique donc pas, d'une manière absolue, la *nature du fait* punissable au point de vue délictuel ou contraventionnel. C'est là un point certain et admis par une doctrine et par une jurisprudence constantes[4].

Mais doit-on tenir compte de la *nature* intrinsèque de ces délits pour les soustraire aux règles du Code pénal sur les *délits* et les soumettre aux règles des *contraventions?* Y a-t-il, entre les crimes, les délits et les contraventions, une catégorie de faits hybrides, sans sexe bien défini, qui ne seraient ni des délits ni des contraventions et qui, cependant, participeraient des uns et des autres? C'est sur ce point seulement que portent les difficultés. Elles se sont présentées particulièrement dans les hypothèses suivantes :

En matière de complicité. — La complicité, punie en matière de délit, ne l'est pas en matière de contravention (C. p., art. 59, 60). Des auteurs ont pensé qu'il fallait écarter la complicité pour tous les *délits-contraventions* prévus par des lois spéciales[5]. Cette doctrine avait paru, à une certaine époque, dominante en jurisprudence. On peut aujourd'hui la considérer comme condamnée par suite d'une heureuse évolution de la Cour suprême, qui a déclaré les règles sur la complicité, applicables : aux infractions aux lois sur la pharmacie : « attendu qu'*étant punies d'amendes supérieures à celles de simple po-*

mais seulement relativement à celles qui consistent dans un certain mal, dans un certain dommage causé à autrui. D'où il conclut que la question d'intention ne se pose pas dans la plupart des délits appelés *contraventions-délits* (Cfr. Villey, *De l'intention en matière pénale, La France judiciaire*, 1876, t. I, p. 1 et 313; *Fin des délits contraventionnels, La France judiciaire*, 1886, t. X, p. 365 à 370). Mais il y a là, comme nous le démontrons, plus loin, une confusion entre l'*intention directe*, en l'absence de laquelle il n'existe pas, en général, de criminalité, et l'*intention indirecte*, par exemple, l'intention de nuire, dont la loi ne tient, en principe, nul compte pour effacer la culpabilité.

[5] Cfr. Blanche, t. II, p. 140 et 141, n° 70; Bertauld, 4e éd., p. 500. Ce dernier auteur porta, à la tribune de l'Assemblée nationale, la doctrine qu'il avait soutenue, à propos de l'art. 2 de la loi sur la presse du 29 décembre 1875. La Cour de Caen s'appropria cette opinion en refusant d'admettre la complicité à propos d'une fausse déclaration contenue dans un paquet remis à une compagnie de chemins de fer, fait puni d'une amende de 16 à 3.000 fr. : 9 mai 1877 (D. 79.2.41). La Cour suprême, dans sa première jurisprudence, refusait également d'appliquer aux contraventions-délits les règles sur la complicité : Cass., 17 et 18 janv. 1867 (S. 67.1.365); 3 avril 1869 (S. 70.1.229); 7 avril 1870 (S. 71.1.258); 11 février 1876 (S. 76.1.233).

lice, elles constituent des délits[6] »; aux émissions d'actions d'une société dont le capital n'a pas été intégralement souscrit et dont chaque action n'a pas été libérée du quart conformément aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 : attendu que cette infraction, « *quelque dénomination qu'on lui donne, est un véritable délit*[7] », parce qu'elle est punie de peines correctionnelles; aux contraventions à la loi sur les candidatures multiples (L. 17 juill. 1889, art. 4 et 6), en matière d'élections législatives[8], etc.

En matière de solidarité des amendes. — L'article 55 du Code pénal établit que les individus, condamnés pour un même *crime* ou un même *délit,* sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. Lorsqu'une même *contravention de police* est commise par plusieurs individus comme coauteurs ou comme auteurs principaux et complices, pour les contraventions à l'égard desquelles la complicité a été exceptionnellement admise par la loi, il est aujourd'hui bien certain que la solidarité ne peut être appliquée tout au moins aux *amendes* prononcées. Les infractions prévues et punies par certaines lois spéciales, qui participent de la contravention par les éléments constitutifs de leur criminalité, du délit par la peine dont elles sont passibles, rentrent-elles, comme les délits, dans les termes de l'article 55 du Code pénal, ou en sont-elles exclues comme les contraventions? La juris-

[6] Cass., 23 février 1884 (2 arrêts) (S. 86.1.233), et la note de M. Villey. L'arrêtiste, qui annote ces arrêts dans le (D. 86.1.427), fait remarquer, avec raison, que « ces décisions sont une nouvelle application du principe, déjà posé par la chambre criminelle, que toutes les fois que le législateur n'a pas manifesté une intention contraire, c'est à la règle posée par l'art. 1er C. p. qu'il faut s'attacher pour déterminer le caractère des infractions punissables et en déterminer les conséquences ». Comp. Cass., 20 avril 1888 (S. 90.1.425); Bordeaux, 11 mars 1891 (S. 91.2.164).

[7] Cass., 25 février 1885 (S. 87.1.43). Cet arrêt est, du reste, critiqué dans le journal *la Loi,* nos des 8 et 9 avril et du 11 juin 1885. Mais il se rattache, nous le répétons, à une évolution de la jurisprudence de la Cour suprême.

[8] Cass., 21 mars 1890 (S. 91.1.185).

prudence a longtemps hésité sur la question[9]. Mais elle paraît décider aujourd'hui que l'article 55 ne s'applique pas seulement aux délits prévus par le Code pénal ou par des lois spéciales qui prononcent la solidarité, mais à tous les faits considérés comme délits par la loi pénale, c'est-à-dire à toutes les infractions que les lois punissent de peines correctionnelles, et qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les délits ordinaires et ceux qu'on voudrait qualifier de *contraventions-délits*[10].

En matière de concours d'infractions. — La règle du non-cumul des peines, édictée par l'article 365 du Code d'instruction criminelle pour les *crimes* et les *délits*, ne s'applique pas aux *contraventions*. En cas de concours de *contraventions-délits*, y a-t-il lieu de prononcer une seule peine ou autant de peines que d'infractions? La jurisprudence s'est généralement arrêtée à la première solution : elle a donc appliqué à ces infractions les règles écrites pour les délits[11].

En matière de prescription. — Est-ce la prescription de trois

[9] C'est ainsi qu'il a été jugé que la règle, d'après laquelle la solidarité des amendes est inapplicable en matière de contravention, s'étend même aux contraventions punies par une loi spéciale de peines correctionnelles : Cass., 20 mars 1865 (D. 65.5.225); 3 avril 1869 (D. 69.1.529); Rouen, 12 déc. 1872 (D. 73.1.393).

[10] *Sic*, Cass., 5 déc. 1872 (D. 72.1.432). Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce sens qu'il est un des premiers à avoir dégagé le caractère des contraventions-délits et à avoir posé le principe rationnel dont la jurisprudence ultérieure a fait l'application.

[11] Cass., 11 janv. 1875 (S. 75.1.139); 28 janv. 1876 (S. 76.1.89); 1er déc. 1877 (S. 78.1.330); 13 juill. 1884 (S. 86.1.234); 22 avr. 1887 (S. 88.1. 397). Certains arrêts paraissent, il est vrai, en contradiction avec cette jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été jugé que la règle de non-cumul n'est pas applicable aux infractions aux lois sur la police des chemins de fer (Cass., 27 janv. 1883, S. 85.1.403), non plus qu'aux infractions aux lois sur le travail des enfants dans les usines et manufactures (Cass., 9 juin 1883, S. 85. 1.282). Mais ce sont là des décisions qui s'expliquent par d'autres motifs; elles sont fondées sur ce qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1845 et de celle du 17 mai 1874, qu'on a voulu appliquer à ces infractions les règles des contraventions en matière de concours d'infractions. Cfr. sur ce point du reste, une note de M. Villey, sous Cass., 23 février 1884 (S. 86.1.233).

[illegible] *des délits*[a] »; aux émissions d'actions [illegible] n'a pas été intégralement souscrit [illegible] n'a pas été libérée du quart conformé- [illegible] de la loi du 24 juillet 1867 : attendu que [illegible] *quelque dénomination qu'on lui donne, est* [illegible] parce qu'elle est punie de peines correc- [illegible] contraventions à la loi sur les candidatures mul- [illegible] 1889, art. 4 et 6), en matière d'élections légis-

[illegible] *de solidarité des amendes.* — L'article 55 du [illegible] établit que les individus, condamnés pour un même [illegible] même *délit*, sont tenus solidairement des amendes, [illegible] des dommages-intérêts et des frais. Lorsqu'une [illegible] *contravention de police* est commise par plusieurs indi- [illegible] comme coauteurs ou comme auteurs principaux et com- [illegible] les contraventions à l'égard desquelles la complicité [illegible] exceptionnellement admise par la loi, il est aujourd'hui [illegible] que la solidarité ne peut être appliquée tout au [illegible] aux *amendes* prononcées. Les infractions prévues et [illegible] par certaines lois spéciales, qui participent de la con- [illegible] par les éléments constitutifs de leur criminalité, du [illegible] par la peine dont elles sont passibles, rentrent-elles, comme les délits, dans les termes de l'article 55 du Code pénal, ou en sont-elles exclues comme les contraventions? La juris-

[a] Cass., 23 février 1884 (2 arrêts) (S. 86.1.233), et la note de M. Villey. [illegible]

prudence a longtemps hésité sur la question[9]. Mais elle paraît décider aujourd'hui que l'article 55 ne s'applique pas seulement aux délits prévus par le Code pénal ou par des lois spéciales qui prononcent la solidarité, mais à tous les faits considérés comme délits par la loi pénale, c'est-à-dire à toutes les infractions que les lois punissent de peines correctionnelles, et qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les délits ordinaires et ceux qu'on voudrait qualifier de *contraventions-délits*[10].

En matière de concours d'infractions. — La règle du non-cumul des peines, édictée par l'article 365 du Code d'instruction criminelle pour les *crimes* et les *délits*, ne s'applique pas aux *contraventions*. En cas de concours de *contraventions-délits*, y a-t-il lieu de prononcer une seule peine ou autant de peines que d'infractions? La jurisprudence s'est généralement arrêtée à la première solution : elle a donc appliqué à ces infractions les règles écrites pour les délits[11].

En matière de prescription. — Est-ce la prescription de trois

[9] C'est ainsi qu'il a été jugé que la règle, d'après laquelle la solidarité des amendes est inapplicable en matière de contravention, s'étend même aux contraventions punies par une loi spéciale de peines correctionnelles : Cass., 20 mars 1865 (D. 65.5.225); 3 avril 1869 (D. 69.1.529); Rouen, 12 déc. 1872 (D. 73.1.393).

[10] *Sic*, Cass., 5 déc. 1872 (D. 72.1.432). Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce sens qu'il est un des premiers à avoir dégagé le caractère des contraventions-délits et à avoir posé le principe rationnel dont la jurisprudence ultérieure a fait l'application.

[11] Cass., 11 janv. 1875 (S. 75.1.139); 28 janv. 1876 (S. 76.1.89); 1er déc. 1877 (S. 78.1.330 ; 13 juill. 1884 (S. 86.1.234); 22 avr. 1887 (S. 88.1. 397). Certains arrêts paraissent, il est vrai, en contradiction avec cette jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été jugé que la règle de non-cumul n'est pas applicable aux infractions aux lois sur la police des chemins de fer (Cass., 27 janv. 1883, S. 85.1.403), non plus qu'aux infractions aux lois sur le travail des enfants dans les usines et manufactures (Cass., 9 juin 1883, S. 85. 1.282). Mais ce sont là des décisions qui s'expliquent par d'autres motifs; elles sont fondées sur ce qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1845 et de celle du 17 mai 1874, qu'on a voulu appliquer à ces infractions les règles des contraventions en matière de concours d'infractions. Cfr. sur ce point du reste, une note de M. Villey, sous Cass., 23 février 1884 (S. 86.1.233).

on distingue les infractions, en infractions *tentées, manquées* ou *consommées*. Suivant la nature de ce même acte, on sépare les infractions *continues,* des infractions *instantanées;* les infractions d'*habitude,* des infractions *simples*. Enfin, d'après la situation dans laquelle l'infraction est constatée, on distingue les infractions *flagrantes* et les infractions *non flagrantes*. Nous allons insister, ici, sur ces dernières classifications. Quant aux autres, nous les avons étudiées déjà, ou nous les étudierons plus tard, au cours de cet ouvrage.

99. *Infractions instantanées; Infractions continues.* — Les délits sont *instantanés ou continus* suivant qu'ils consistent, soit dans l'accomplissement ou l'inaccomplissement d'un acte à un moment donné, soit dans un état d'action ou d'inaction. Dans le premier cas, le délit s'entend d'un *acte* que l'on exécute, lorsqu'on devrait s'en abstenir, ou que l'on n'exécute pas, lorsqu'on devrait l'accomplir; dans le second, de *l'état même d'activité ou d'inertie* où se trouve l'agent et qui peut se prolonger un certain temps[1]. Le délit instantané prend fin par cela même et par cela seul que l'action ou l'omission incriminée s'est produite, quelque temps qu'ait duré sa préparation ou son exécution, et quelles qu'en aient été les suites[2]. C'est le caractère de la plupart des infractions : ainsi, l'homicide, les coups et blessures, l'escroquerie, l'incendie, etc., consistent dans l'acte de tuer, de porter des coups, de faire des blessures, d'obtenir certaines valeurs par des manœuvres frauduleuses, de mettre le feu : ce sont donc des délits d'action instantanés. Parmi les

§ IV. [1] Cette notion plus précise des délits instantanés et continus est due à Thiry, *Cours de droit criminel*, 2e éd., 1896, n° 185.

[2] Nypels (*Code pénal interprété*, art. 371, n° 4) prétend que cette distinction repose sur une confusion entre les suites du délit et le *délit même*. Mais cette opinion isolée est facilement réfutée par les explications données au texte. Cfr. du reste : Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 740-764; *Rev. crit.*, 1854, p. 323; Haus, t. I, n° 366 et la note. Sur les infractions continues : *J. de droit crim.*, art. 9450. Conserver le bénéfice du délit accompli, si, de sa nature, le délit est instantané, ce n'est pas évidemment se rendre coupable d'un délit continu. Cette observation sera particulièrement développée à propos du vol, qui consiste dans la *soustraction* et non dans la *rétention* de la chose d'autrui.

fraction, l'article 1er du Code pénal est, en l'absence de textes plus explicites, la seule règle à appliquer pour déterminer le véritable caractère de l'infraction[15], et sa qualification juridique.

§ IV. — CLASSEMENT DES INFRACTIONS AU POINT DE VUE DE LEUR MATÉRIALITÉ

98. Diverses classifications tirées de la matérialité du délit. — **99.** Infractions instantanées et continues. — **100.** Infractions simples et d'habitude. — **101.** Infractions collectives par l'unité du but. — **102.** Infractions flagrantes et non flagrantes.

98. L'infraction, considérée dans sa *matérialité,* suppose un acte tombant sous les sens. De nombreuses différences distinguent les infractions, en ce qui concerne cet élément matériel, nécessaire à leur existence. Ainsi, certaines infractions, les plus nombreuses, se réalisent par un fait d'*action,* d'autres, par un fait d'*inaction.* Certaines, telles que le meurtre, les coups et blessures, le vol consommés, les délits commis par la voie de la presse, etc., laissent, après qu'elles sont accomplies, des traces matérielles, désignées parfois, en prenant ce mot dans un sens restreint, sous le nom de *corps du délit;* d'autres, telles que les injures et diffamations verbales, etc., ne laissent, dès qu'elles sont accomplies, aucune trace que l'on puisse matériellement constater et produire devant les tribunaux. Ainsi encore, suivant que l'acte extérieur qui les constitue est commencé ou achevé,

[15] Cfr. sur la question et dans ce sens : Paul Bernard, *De la prescription des infractions dont le caractère est incomplètement défini par la loi pénale, Rev. crit. de législ.*, 1862, t. XXI, p. 321 ; Villey, *op. cit.*, p. 125 ; Cousturier, *Comment se déterminent le caractère d'une infraction et la prescription qui lui est applicable* (*Rev. de droit français et étranger*, 1848, t. XV, p. 241); Albert Desjardins, *Examen doctrinal sur la jurisprudence criminelle* (*Rev. crit.*, 1885, p. 87); Gardeil, *Examen doctrinal sur la jurisprudence criminelle* (*Rev. crit.*, 1889, p. 1 à 5). En sens contraire : Conseil d'État, 29 déc. 1870 (D. 72.3.36); 8 mai 1874 (D. 75.3.44); *De la prescription des contraventions à la loi sur les Sociétés* (*Rev. des Sociétés*, 1883, p. 189-194).

qu'ils en ont connaissance, est certainement un délit d'*inaction continu* (C. instr. cr., art. 616; C. p., art. 119 et suiv.)[5].

L'intérêt de cette division des infractions se rencontre en ce qui concerne soit la pénalité, soit la procédure, soit la prescription, soit la rétroactivité. *a*) La durée plus ou moins longue du fait matériel qui constitue l'infraction continue est tantôt une circonstance aggravante légale, comme dans le délit de séquestration arbitraire (C. p., art. 341 à 343), tantôt une circonstance aggravante judiciaire, comme dans le délit de port illégal de décoration. Dans tous les cas, une seule peine doit être appliquée, quelque temps qu'ait duré l'action ou l'inaction incriminée, parce qu'il n'y a qu'une seule et même infraction[6]. *b*) Si le délit, en se continuant, a été commis en plusieurs lieux, cette circonstance peut susciter des difficultés en ce qui concerne l'application de la loi pénale française, ou des conflits de compétence entre les diverses autorités chargées de le poursuivre, de l'instruire ou de le juger. *c*) La prescription de l'action publique ne commence à courir, pour les délits continus, que du jour où ils ont pris fin, et non du jour où le premier fait qui les constitue a été accompli. *d*) La non-rétroactivité des lois pénales s'oppose, en matière de délit continu, à ce que les faits antérieurs à leur promulgation soient incriminés, mais non à ce que les faits postérieurs puissent échapper à leur empire, sous prétexte que l'état, dont ils sont la suite et la continuation, était licite à l'époque où ils ont commencé.

100. *Infractions simples; Infractions d'habitude.* — L'expression « *infraction simple* » peut être prise dans deux acceptions différentes : 1° Souvent, on oppose les infractions qui

fiées, à celles qui sont dépouillées de ces circonstances, et qu'on appelle alors infractions *simples*. Ainsi, le vol qualifié est le vol accompagné de circonstances aggravantes qui lui donnent le caractère de crime; on l'oppose, sous ce nom, au vol simple, qui n'est qu'un délit. 2° Dans un autre sens, l'infraction *simple* est celle qu'un seul fait suffit à constituer. On l'oppose à l'infraction *collective* ou d'*habitude*, qui résulte d'actes, dont chacun, pris isolément, est impuni, mais qui deviennent punissables dès qu'ils sont réitérés, et révèlent ainsi une *habitude* chez leur auteur. Presque toujours, la loi pénale se contente d'un seul fait pour l'existence du délit. Parfois, cependant, elle exige la réunion d'un certain nombre de faits, dont l'ensemble seul constitue l'infraction. Je citerai, à titre d'exemples : 1° le délit d'habitude d'usure prévu et puni par la loi du 3 septembre 1807 (art. 4) et la loi du 19 décembre 1850 (art. 2)[7]; 2° l'attentat aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant *habituellement* la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans (C. p., art. 334) : 3° le fait de procurer habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion à certains malfaiteurs, avec connaissance de leur conduite criminelle (C. p., art. 61) 4° aux termes de l'article 35 de la loi de ventôse, un fait isolé d'exercice de la médecine était punissable. La loi du 30 novembre 1892, dans son article 16, punit « ceux qui prennent part *habituellement* ou *par une direction suivie*, au traitement des malades ou des affections chirurgicales, à la pratique de l'art dentaire, ou des accouchements, sauf le cas d'urgence avérée[8] ».

[7] La loi du 12 janvier 1886 déclare, du reste, dans son article unique, que les lois des 3 sept. 1807 et 19 déc. 1850, dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel, sont abrogées en matière de commerce, mais qu'elles restent en vigueur en matière civile. Quel est le critère de la distinction? Voy. Cass., crim., 14 mai 1886 (S. 87.1.345, D. 86.1.428 ; 9 nov. 1888 (S. 89.1.393). Aj. Danjon, *Le prêt civil et le prêt commercial sous la loi du 12 janvier 1886* (*Annales de droit commercial*, t. I, p. 193 à 207).

[8] L'exercice illégal de la médecine est *simple* ou *compliqué*. *a*) Dans le premier cas, le délit comprend deux catégories de faits : ceux qui sont commis par des personnes dépourvues de toute qualité leur permettant l'exercice de la médecine dans une mesure quelconque, et ceux qui le sont

C'est encore en ce qui concerne la *pénalité*, la *compétence* et la *prescription*, que cette commune division des infractions présente de l'intérêt. *a*) Le législateur n'ayant pas déterminé, dans les cas qu'il prévoit, le nombre de faits nécessaires pour constituer l'habitude, c'est au juge qu'il appartient d'apprécier, dans chaque affaire, en tenant compte des circonstances, si le prévenu a commis habituellement le fait dont il est inculpé. Toutefois, un minimum de trois faits nous semble indispensable, car la simple répétition d'un acte peut difficilement être envisagée comme formant déjà une habitude. Mais il faut tenir pour certain que l'habitude peut exister, alors même que les faits, qui, par leur réunion, constituent le délit, auraient été commis à l'égard de la même personne. La pluralité de victimes n'est pas en effet une condition essentielle de l'habitude : il suffit mais il faut une série de faits pour la constituer[9]. Cette pluralité de faits ne saurait, du reste, être confondue avec les actes successifs auxquels donnerait lieu une action unique. C'est ainsi que le fait de toucher plusieurs fois des intérêts usuraires provenant d'un même prêt non renouvelé ne constituerait pas l'habitude d'usure : ce ne serait que l'exécution du même fait[10]. *b*) En raison des divers lieux où le délit d'habitude peut se commettre, il existe des difficultés qui tiennent, soit à la compétence, soit à l'application de la loi pénale française, et que

par des personnes autorisées à pratiquer la médecine dans certaines limites qui sortent de la spécialité à laquelle la loi les confine. *b*) L'exercice illégal de la médecine peut être compliqué, soit par l'usurpation de titre, soit par l'escroquerie, les coups ou blessures par imprudence suivis ou non de mort, etc. L'usurpation du titre de docteur en médecine ou d'officier de

nous retrouverons au cours de cet ouvrage. *c*) Enfin, en raison des divers temps où les faits qui constituent le délit se commettent, il est difficile de fixer le point de départ de la prescription, puisque le délit n'existe que par la réunion de ces faits.

101. Il arrive souvent que l'agent accomplit l'infraction par une série de faits, dont chacun est délictueux, ce qui n'est pas l'hypothèse du *délit d'habitude*, et qui sont distincts et séparés, ce qui n'est pas non plus l'hypothèse du *délit continu*, mais qui forment, en se rattachant tous à une seule et même résolution criminelle, dont ils ne sont que l'exécution successive, une *seule et même infraction*. Tel est le cas de celui qui, voulant dévaliser un appartement, voler le vin qui se trouve dans une cave, opère, en divers voyages, la soustraction de tous les meubles de l'appartement, de tout le vin de la cave, ou de celui qui, dans une même scène de violence, porte des coups répétés à la même personne [11]. Dans ce cas, l'unité de conception, de résolution et de but entraîne l'unité de délit, et il y a là une *continuité morale*, bien différente de la *continuité matérielle* dont nous avons parlé. Cette sorte d'infractions, que certains auteurs qualifient assez exactement *d'infractions collectives par l'unité du but* [12], doit être également opposée au cas de délits distincts, qui forment soit des *délits concurrents* soit des *délits connexes*. En effet, tandis que le délit collectif par l'unité du but ne donne jamais lieu qu'à l'application d'une peine unique, les délits concurrents ou connexes peuvent ou doivent faire encourir plusieurs peines qui se combinent d'après un système légal. De plus, tandis que le délit collectif est l'objet d'une prescription unique, dont le point de départ se place à la fin des actes d'exécution, les délits qui forment, par leur réunion, des délits concurrents ou connexes, sont soumis chacun à une prescription distincte, qui prend cours à leur date respective.

La question de savoir si des faits réitérés doivent être con-

[11] Voy. pour d'autres exemples : Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 758.

[12] Haus, t. I, nos 375 à 385. Sur cette sorte de continuité, on lira avec intérêt : Berner, *Lehrbuch*, § 163. On y trouvera l'indication très complète de la littérature allemande sur ce sujet.

sidérés, par suite de leur continuité morale, comme ne formant qu'un seul délit, dépend des circonstances souverainement appréciées par les juges. Les difficultés d'une analyse psychologique portant sur l'unité de conception et de but seront d'autant plus grandes que le coupable aura plus d'intérêt à soutenir qu'il n'a commis qu'un délit, quel que soit le nombre de faits qui peuvent lui être reprochés.

102. *Infractions flagrantes; Infractions non flagrantes.* — On divise souvent les infractions, en infractions flagrantes et non flagrantes; au fond, cette division n'en est pas une. En effet, l'infraction est flagrante au moment où elle se commet; après quoi, elle cesse de l'être; ce sont là deux états successifs par lesquels passent toutes les infractions. Il est cependant important de constater *à quel moment l'infraction est saisie et si l'agent a été ou non trouvé en état de flagrant délit.* Cette distinction a même, dans les anciennes législations, une importance considérable, soit au point de vue de la *pénalité,* en général plus sévère pour le flagrant délit[13], soit au point de vue de la *poursuite,* en général plus rapide. La différence de pénalité, qui a sa double raison d'être : 1° en ce que la culpabilité est plus évidente; 2° en ce que l'esprit de vengeance est encore dans toute son ardeur, disparaît, peu à peu, dès que la législation se civilise : on ne considère plus alors le flagrant délit comme constituant l'hypothèse normale de la répression. Mais il n'en est pas de même de l'organisation de la procédure. Dans le flagrant délit, la vérité judiciaire est plus facile à obtenir, puisqu'il n'y a aucun doute sur la culpabilité, et la poursuite peut être plus prompte. C'est, au point de vue des règles de la

où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit ». Cette définition n'a été formulée par le législateur qu'en vue de modifier les règles ordinaires qui déterminent les attributions respectives du procureur de la République et du juge d'instruction dans la procédure d'instruction préparatoire. Elle doit, en principe, être restreinte à cette application spéciale, et à celle de la loi du 20 mai 1863, sur la poursuite des flagrants délits en matière correctionnelle. En effet, dans le sens naturel du mot, un délit n'est *flagrant* qu'au moment où il se commet; alors seulement le prévenu est dans la *chaleur de l'action*. Si, au lieu de se commettre actuellement, le délit vient à peine de se commettre, on ne peut pas dire, sans doute, qu'il soit flagrant; mais il l'est presque, puisqu'il en reste des traces encore chaudes; on comprend donc que cette situation puisse toujours être assimilée à la première. Mais les cas de *quasi-flagrance*, qui résultent de cette double circonstance : que le prévenu est poursuivi par la clameur publique[14], ou est trouvé saisi d'effets, armes ou papiers faisant présumer qu'il est l'auteur du fait, et cela dans un temps voisin du délit[15], ces cas, dis-je, sont distincts de la *flagrance* proprement dite, et ne doivent, en principe, y être compris que pour l'application des règles de procédure qui gouvernent l'instruction criminelle ou correctionnelle.

Dans tous les autres cas, — et ils sont assez nombreux, — où le degré de flagrance du délit doit être pris en considération, le juge, à défaut d'un texte suffisamment explicite, s'inspire de l'esprit de la loi, et apprécie s'il doit ou non suivre l'assimilation, que fait l'article 41, de situations plus ou moins voisines,

[14] Ce cas de flagrance est l'ancienne *quiritatio* des Romains (Titus-Livius, liv. 55), la *clameur de haro* de nos pères.

[15] Cette seconde condition s'applique évidemment aux deux cas prévus, c'est-à-dire au cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique, et à celui où il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est l'auteur du délit. En sens contraire cependant : ORTOLAN, t. I, n° 777, qui restreint cette condition au cas où le prévenu est trouvé saisi des objets dont il est question dans le texte.

avec un véritable état de flagrant délit. 1° Ainsi, dans l'article 475, n° 12, la loi, en exigeant, sous peine d'amende, le secours de tous les citoyens, en cas de « flagrant délit », a en vue non seulement le délit qui se commet, mais encore le délit qui vient de se commettre, puisqu'elle y ajoute le délit poursuivi par la *clameur publique*. 2° Dans l'article 106 du Code d'instruction criminelle, il en est de même, puisque ce texte reproduit formellement l'assimilation de l'article 41. 3° Mais lorsqu'il s'agit d'appliquer, à l'individu *trouvé mendiant*, l'article 274, au mendiant ou vagabond *saisi* travesti ou porteur d'armes, d'instruments, etc..., les articles 277 et 278, il est évident qu'il faut le flagrant délit de vagabondage ou de mendicité dans le sens propre du mot, si on admet, du moins, — ce qui est contestable, — qu'en cette matière le flagrant délit est seul punissable. 4° Il en est de même du cas de défense qui n'est légitime, aux termes de l'article 328 C. p., que si elle est commandée par une nécessité actuelle : d'où il suit que le délit qu'elle tend à repousser doit se commettre actuellement. 5° Mais lorsque les articles 321 à 325 C. p., excusent le meurtre et les coups et blessures, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves, il s'agit non seulement d'un cas où le délit se commet actuellement, mais des cas assimilés à un flagrant délit. 6° Enfin, il est bien certain que, pour donner compétence à un tribunal sur le délit qui se commet à son audience, il faut exiger, comme condition essentielle, que le délit se commette actuellement ou qu'il vienne de se commettre. 7° Mais le *flagrant délit* d'adultère, dont parle l'article 324, § 2 du Code pénal, ne comprend pas les deux cas réputés flagrants par le Code d'ins-

§ V. — CLASSEMENT DES INFRACTIONS AU POINT DE VUE DE LEUR OBJET

103. La notion sociologique de la criminalité politique. — **104.** Infractions contre la chose publique et contre les particuliers. — **105.** Infractions de droit commun et politiques. — **106.** Intérêts de cette classification. — **107.** Critère de la classification. — **108.** Raison d'être de cette classification.

103. A ce point de vue, il existe deux classements qui se superposent, sans se confondre absolument, car ce sont deux manières différentes de concevoir la même idée, c'est-à-dire la distinction entre la *criminalité politique* et la *criminalité ordinaire*. La criminalité politique a été étudiée, surtout dans ces dernières années, au point de vue biologique et social[1]. On a essayé : 1° de caractériser le délit politique et le délinquant politique, de dire dans quels cas la société se trouve en présence d'un délit et d'un délinquant de cet ordre; 2° puis, le diagnostic de la criminalité politique établi, on a recherché quels en étaient les facteurs, non pas seulement les facteurs psychologiques, qui sont l'esprit de sédition et de révolte, mais les causes naturelles et sociales. Cette étude est en dehors de notre sujet. Nous constatons seulement que la notion de la criminalité politique n'a jamais été bien fixée, même au point de vue juridique. Ce n'est pas que cette notion soit toute moderne, car le délit politique est aussi ancien que l'État. Mais de ce que l'infraction à laquelle nous donnons ce caractère a toujours existé, au moins objectivement, il ne s'ensuit pas qu'elle ait, de tout temps, donné lieu à la distinction moderne du délit politique et du délit de droit commun. Si certaines législations anciennes s'occupent des délits contre l'État, ce n'est pas pour leur donner un caractère spécial, mais pour les punir plus sévèrement que les délits contre les particuliers.

§ V. [1] On lira particulièrement : Lombroso, *Il delitto politico* (Turin, Bocca, 1890); Lombroso et Laschi, *Le crime politique et les révolutions* (2 vol., Paris, 1893); Tarde, *Le délit politique* (*Études pénales et sociales*, p. 87 à 114); L. Proal, *La criminalité politique* (Paris, 1895); E. Régis, *Les régicides dans l'histoire et dans le présent* (Lyon, 1894).

104. *Infractions contre la chose publique; Infractions contre les particuliers.* — Toute infraction, quel qu'en soit le sujet passif, est nuisible à la conservation de la société, qui est toujours *partie lésée* dans l'infraction. Aussi, toute infraction donne naissance à une action, exercée au nom de la *chose publique*, par des fonctionnaires spéciaux. La distinction que nous indiquons est cependant logique. Il est, en effet, des infractions dans lesquelles le mal social est prédominant : ce sont celles qui attaquent directement l'État, en mettant en péril son existence, ses institutions, son indépendance, son crédit, la paix publique. A ces infractions est réservée la qualification d'infractions contre la *chose publique*. Les infractions, dont l'effet saillant et direct est de causer, quand elles sont consommées, un préjudice aux personnes, aux propriétés, à l'honneur des citoyens, sont comprises, au contraire, dans la classe des infractions contre les *particuliers*. Ainsi en est-il de l'homicide et du vol. Cette classification ne figure plus dans les législations modernes qu'à titre de classification d'ordre. Elle a été remplacée par une classification moins matérielle, celle des délits politiques et des délits de droit commun.

105. *Infractions de droit commun; Infractions politiques*[2]. — Il ne faut pas confondre cette classification avec la précédente, car s'il est vrai qu'il faut chercher les infractions politiques parmi les infractions contre la chose publique, dont elles forment une variété, il n'est pas exact de prétendre que toutes les infractions contre la chose publique, soient des infractions politiques. Ainsi, les crimes des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, qui sont compris, avec raison, parmi les in-

fractions contre la chose publique, n'ont, par eux-mêmes, aucun caractère politique. Les infractions politiques forment donc un *groupe spécial parmi les infractions contre la chose publique*. C'est, du moins, ce que nous allons démontrer.

Les contraventions, par leur nature même, échappent à cette classification, qui forme ainsi une simple subdivision des infractions qualifiées *crimes* ou *délits*.

106. La loi française n'a déterminé nulle part à quel caractère on reconnaissait un crime ou un délit politique. Ce diagnostic présente, cependant, trois intérêts principaux, soit au point de vue de la pénalité, soit au point de vue de la compétence des juridictions pénales, soit au point de vue de l'action de la loi pénale française.

I. Les peines destinées à réprimer les *crimes* politiques ne sont pas de *même nature* que les peines destinées à réprimer les crimes de droit commun. Il existe, surtout depuis la loi de révision du Code pénal du 28 avril 1832, une échelle de peines criminelles, spéciale aux crimes politiques, qui se compose, par ordre de gravité descendante, de la *déportation dans une enceinte fortifiée,* de la *déportation simple,* de la *détention* et du *bannissement*. Dans une certaine mesure, par conséquent, si le Code pénal ne définit pas les *crimes politiques*, il les désigne, au moins, par les peines qu'il y attache[2bis]. Mais cette indication ne dispense pas de toute recherche; car la peine de mort a été abolie en matière politique par la constitution de 1848 (art. 5)[3] et remplacée, aux termes de l'article 1er de la loi du 8 juin 1850, pour les crimes politiques, par la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée[4]. Dans quels cas, par conséquent, les

[2 bis]. Dans ce cas, le diagnostic légal de la criminalité politique peut être erroné; mais il s'impose aux juges, notamment au point de vue de la relégation et du sursis, c'est-à-dire que la condamnation à l'une des peines politiques ne constituerait pas un antécédent judiciaire.

[3] Cet article ne faisait que reproduire un décret du gouvernement provisoire des 26-27 février 1848.

[4] Le législateur, en 1848, aurait pu, il aurait peut-être dû déterminer lui-même ce qu'il fallait entendre par crime politique, soit en donnant de ce mot une définition générale, soit en révisant, au point de vue du caractère de l'infraction, chacun des textes de nos lois édictant la peine de mort. La

juges, saisis de l'examen d'un crime, puni, par la disposition spéciale qui le prévoit, de la peine de mort, devront-ils prononcer la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée? C'est poser une question qui ne peut se résoudre qu'en recherchant le caractère politique ou non politique de l'infraction[5].

Quant aux *délits* de police correctionnelle, il est inutile de se demander, au point de vue de la peine principale qui les frappe, s'ils ont ou non un caractère politique : le Code pénal n'organise pas deux ordres de peines correctionnelles, et l'amende et l'emprisonnement sont applicables à tous les délits[6]. Seulement, aux termes de l'article 49 C. p., les délits, qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, entraînent toujours, à titre de peine complémentaire, la surveillance de la haute police et, par conséquent, l'interdiction administrative de séjour qui l'a remplacée. A ce point de vue encore, il importe de déterminer le caractère de l'infraction.

Enfin, la criminalité politique et la criminalité de droit commun étant d'une nature toute différente, une condamnation pour crime ou délit politique ne saurait classer un délinquant

question fut posée par Isambert et ne reçut aucune réponse. « Je demande, dit ce député (D. 48.4.217), s'il est possible de laisser à une cour d'assises... la détermination de ce qui est politique avec ce qui n'est pas politique. Jusqu'à présent on n'a pas procédé ainsi et on n'a pas pu le faire. Lorsqu'en 1830, on a spécifié une catégorie de délits politiques, immédiatement on a déclaré quels étaient les délits politiques. Aujourd'hui, vous créez une loi beaucoup plus difficile à appliquer, une loi qui abolit la peine de mort. Il y a des dispositions qui sont mixtes, et qui, par suite de l'examen que j'en ai fait me mettraient dans la plus grande anxiété si j'avais à appliquer la loi ».

[5] Ainsi, le conseil de guerre ou la cour d'assises, qui déclare un accusé

de droit commun dans la classe des récidivistes. C'est à cette idée que se rattachent deux dispositions dont nous étudierons plus loin les applications. La loi du 27 mai 1885 (art. 3) dispose, en effet, d'une manière expresse, que « aucun *crime* ou *délit politique* ne devra, en aucun cas, être compté au point de vue de la *relégation* ». Le texte ajoute qu'une semblable immunité devra s'attacher aux crimes ou délits *connexes aux crimes ou délits politiques*. D'un autre côté, la condamnation antérieure à l'emprisonnement ou à une peine plus grave n'exclut l'application du sursis à exécution que si elle a été prononcée pour « crime ou délit de droit commun » (L. 26 mars 1891, art. 1, § 4).

II. Sous l'empire de la charte de 1830 et de la constitution de 1848, les *délits de police correctionnelle politiques* devaient être jugés par les cours d'assises. Cette compétence exceptionnelle leur fut retirée par le décret du 25 février 1852. Depuis, une loi du 15 septembre 1871, modifiée, du reste, dans un sens moins libéral par la loi du 29 décembre 1875, leur a restitué la connaissance des délits de presse qui sont, en temps ordinaire, les plus fréquents parmi les délits politiques, et la loi du 29 juillet 1881 a fait disparaître la plupart des exceptions à la compétence générale de la cour d'assises en matière de presse, que les lois antérieures avaient admises. De plus, l'article 7 de la loi du 20 mai 1863, qui modifie la procédure correctionnelle en matière de flagrant délit, déclare que les dispositions de cette loi sont inapplicables aux délits politiques.

III. Enfin, les délits, comme les crimes politiques, ne peuvent donner lieu à l'*extradition*. Une circulaire du garde des sceaux, du 5 avril 1841, constate que la France « a toujours refusé, depuis 1830, de pareilles extraditions » et que « elle n'en demandera jamais [7] ».

[7] La distinction entre les délits politiques et de droit commun au point de vue de l'extradition est une conquête morale qui date de la première moitié du XIXe siècle. Elle prit place dans tous les traités qui furent conclus depuis cette époque. Cfr. BERNARD, *Traité théorique et pratique de l'extradition* (Paris, 1883, 2 vol., t. I, p. 421. Nous reviendrons sur ce point à propos de l'extradition.

En résumé, la recherche du point de savoir si un crime ou un délit a un caractère politique présente quatre intérêts principaux : 1° au point de vue de l'extradition, qui ne doit être ni demandée par le gouvernement français, ni accordée par lui pour infractions politiques; 2° au point de vue de l'application de la peine de mort qui ne peut être prononcée par une cour d'assises ou un conseil de guerre pour crime politique; 3° au point de vue de la relégation qui ne peut être la conséquence d'une condamnation politique; 4° en ce qui concerne le refus du sursis qui ne peut être fondé sur l'existence d'une condamnation antérieure pour crime ou délit politique. Dans le système de la loi, c'est au *juge*, ou, en matière d'extradition, au *gouvernement du pays requis*, qu'il appartient de déterminer le caractère du fait incriminé.

107. Or, la loi française est muette sur le diagnostic légal de la criminalité politique. En 1830, il est vrai, on avait au moins tenté, sinon de définir le délit politique, du moins de donner au juge le moyen de le distinguer du délit de droit commun. La loi du 8 octobre 1830, en attribuant aux cours d'assises (art. 6) la connaissance des *délits politiques*, ne voulut pas laisser une règle de compétence incertaine et réputa *délits politiques*, dans son article 7 : « les délits prévus : 1° par les chapitres 1 et 2 du titre 1er du livre III du Code pénal ; 2° par les paragraphes 2 et 4 de la section 3, et par la section 7 du chapitre 3 des mêmes livres et titres ; 3° par l'article 9 de la loi du 25 mars 1822 ». Mais quelle est la portée actuelle de cette disposition, qui se rattachait à une règle de compétence, aujourd'hui abolie? En admettant que la loi de 1830 soit encore en vigueur au point

tiele est-il limitatif ou démonstratif[8] ? La loi de 1830 était une loi de compétence, ayant uniquement pour but d'indiquer, parmi les *délits de police correctionnelle,* ceux qui devaient être jugés par le jury. « Cette loi, disait le rapporteur à la Chambre des députés, est purement une loi d'attribution; elle n'a pas et ne peut pas avoir d'autre objet ». Il suffit pour s'en assurer, de considérer d'abord la rubrique de la loi, qui est ainsi conçue : « Loi sur l'application des peines aux *délits de la presse et aux délits politiques* ». En outre, le comte Siméon, rapporteur, s'est nettement expliqué à cet égard : « Presque tous les actes, dit-il, qui attaquent la sûreté extérieure et intérieure de l'État sont déclarés *crimes* par le Code pénal et punis de peines afflictives et infamantes : ils sont étrangers à notre projet, où il ne s'agit que de donner aux cours d'assises la connaissance des délits politiques qui ne sont punis que de peines correctionnelles ». Cette affirmation juge la question, et il paraît démontré, que la loi de 1830 détermine exclusivement le caractère des *délits correctionnels politiques*, au point de vue d'une règle de compétence, sans application actuelle, depuis que le décret du 25 février 1852 a abrogé les lois spéciales qui attribuaient aux cours d'assises la connaissance des délits politiques.

C'est donc à la doctrine qu'il appartient de donner à l'autorité judiciaire ou administrative le moyen de déterminer la nature politique d'un délit. Malgré leur grand nombre, les définitions des délits politiques peuvent se ramener à deux types, les définitions *subjectives* et les définitions *objectives*. *a*) Pour beaucoup de jurisconsultes, pour le public, la presse, les assemblées délibérantes, le caractère politique du délit se déduit de son élément subjectif, c'est-à-dire, soit du *motif* qui a déterminé le délinquant, soit du *but* qu'il a voulu atteindre. Le motif c'est la *cause efficiente* de l'infraction; il répond à la question *cur*. Le but, c'est sa *cause finale;* il répond à la question *ad quam*

[8] Pour Chauveau et Hélie, ce texte a un caractère limitatif, *Théorie du Code pénal*, n° 405. Un certain nombre de tribunaux ont paru lui attribuer le même caractère : Conseil de révision de Paris, 14 août 1871 (S. 72.2.110); Orléans, 5 mai 1834 (S. 34.2.291); Cass., 6 septembre 1834 (S. 35.1.35); 3 mai 1832 (S. 32.1.695); 22 février 1834 (S. 34.1.111). Mais voy. Lainé, *op. cit.*, n° 116.

finem. Ainsi, celui qui profite d'une émeute pour tuer un enne mi a pour but la mort de cet ennemi, mais le motif de so acte peut être la vengeance, ou le désir de priver de son chef u parti politique. Que l'on admette, pour caractériser l'acte, le mo tif ou le but, que même on combine ces deux éléments, ces sy tèmes se heurtent à une objection capitale. Il ne s'agit pas, e effet, d'apprécier un délit *in concreto*, c'est-à-dire, d'examine une question de culpabilité individuelle; il s'agit de l'appré cier *in abstracto*, c'est-à-dire, de déterminer la culpabilité lé gale ou absolue de celui qui commet tel acte. A ce point d vue, le caractère du délit est toujours déterminé par la natur du droit lésé. Si les délits se distinguent les uns des autres c'est, avant tout, sinon, exclusivement, par leur *objet*. Sans ce élément, il n'y aurait ni meurtre, ni vol, ni incendie, il n'y au rait que l'infraction. *b*) Ce qui caractérise le délit politique dans l'opinion objective, c'est la *nature du droit auquel porte atteinte*. Quel doit être, par conséquent, l'objet de l'in fraction pour lui donner une qualification politique? Une cond tion préalable, c'est qu'elle soit dirigée *contre la chose publique* contre l'*État*; mais cette condition n'est pas suffisante, puisqu l'État a des droits qui lui sont communs avec les particuliers, u patrimoine par exemple. C'est dire, qu'on ne peut ranger sou la qualification de délits politiques que les infractions portan atteinte aux *droits spéciaux* de l'État, c'est-à-dire, à ceux qu appartiennent à l'État considéré comme puissance publique comme pouvoir politique. Or, à ce point de vue, les droits d l'État sont de deux sortes : ceux qui ont pour objet *l'ordre poli tique extérieur*, c'est-à-dire, l'indépendance de la nation et l'in

Ainsi l'infraction purement politique est celle qui n'a pas seulement pour caractère prédominant, mais pour *objet exclusif et unique,* de détruire, modifier ou troubler l'ordre politique dans un ou plusieurs de ses éléments[9]. L'ordre politique est l'ensemble des pouvoirs qui ont la direction des intérêts généraux du pays. Il comprend : à l'*extérieur,* l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire et les rapports de l'État avec les autres États; à l'*intérieur,* la forme du gouvernement, l'organisation des pouvoirs publics, leurs rapports mutuels, enfin les droits politiques des citoyens. Il n'est pas possible de présenter une énumération des infractions politiques; le nombre en est infini, comme le nombre des combinaisons politiques et sociales qui régissent l'organisation des États, comme le nombre des moyens criminels qui peuvent être employés pour détruire ou modifier ces combinaisons. Cependant, on reconnaîtra, sans contestation, des délits purement politiques : dans le fait d'entretenir des intelligences avec l'ennemi, de porter les armes contre son pays; dans les conspirations pour changer la forme du gouvernement; dans l'affiliation à des sociétés politiques illicites; dans les délits de presse (sauf les attaques contre les particuliers); dans les infractions aux règles relatives aux élections politiques, aux réunions publiques; car, tous ces délits ne lèsent que le droit et l'intérêt politiques.

Parmi les crimes que nous qualifions de « politiques », les uns sont dirigés contre la sûreté *intérieure,* les autres, contre la sûreté *extérieure* de l'État. Quant aux premiers, aucun doute ne s'élève sur leur caractère et sur l'application des règles

[9] Sur cette définition : Ortolan, t. I, nos 717 et suiv.; Haus, t. I, nos 345 et suiv.; Teichman, *op. cit.*, p. 15; A. de Stieglitz, *Étude sur l'extradition* Paris, 1883. Le Dr Löwenseld de Berlin a rassemblé, avec beaucoup de patience et de conscience, les diverses définitions qui ont été données, en Allemagne, en Suisse, en Italie, en France, etc., des délits politiques, dans un article de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1885, p. 55, article qui manque, du reste, de conclusions bien précises. On trouvera dans Thiry, *Cours de droit criminel*, 2e éd., no 181, l'analyse de la jurisprudence belge sur cette question qui a, d'autant plus d'importance dans ce pays, que l'art. 98 de la constitution décide que les *délits politiques,* aussi bien que les crimes, seront jugés par le jury.

spéciales et plus favorables qui en dérivent. Quant aux secon
ce n'est plus le gouvernement qui est attaqué, c'est la nati
la patrie, et la réprobation qu'ils inspirent n'est égalée que
l'indulgence dont les agressions contre le gouvernement s
l'objet. Au point de vue du droit positif, il n'y a pour
aucune distinction à faire au sujet des crimes contre la sû
extérieure de l'État, et le caractère politique ne leur a pas
contesté jusqu'ici. Une évolution se dessine cependant. El
son point de départ dans l'analyse des notions de l'État et d
Patrie, auxquelles le sentiment moderne attache une valeur l
différente. La confusion entre le *traître* et l'*insurgé* cessera f
lement un jour ou l'autre, et l'on considérera le premier con
un criminel ordinaire, tandis que l'on continuera à voir, dan
second, un criminel politique.

Jusqu'ici, et sauf cette réserve, on est généralement d'acc
sur le caractère du délit politique. La difficulté commence l
qu'il s'agit d'une infraction qui, sans doute, prise en elle-mê
lèse un individu ou l'État considéré comme personne pri
mais qui, dans l'*intention* de son auteur, a la politique p
mobile, pour but ou pour occasion. Les délits de cette catég
portent, dans la langue scientifique, soit le nom de *délits c*
plexes, soit celui de *délits connexes* : on les a même parfois
globés sous la qualification générale de *délits concurrents*.

L'infraction est *complexe* ou *mixte*, lorsque le fait délictu
lèse à la fois l'ordre politique et le droit commun. Tel est l'as
sinat d'un chef d'État, dans le but de renverser le gouver
ment. L'infraction est dite *connexe* à un fait politique, lorsqu
délit de droit commun a été commis au cours d'événem

haut. Ces deux théories sont aussi exagérées l'une que l'autre. La question ne peut se résoudre que si l'on distingue deux ordres d'hypothèses, souvent confondues.

I. La première est celle d'une infraction de droit commun isolée, ne se rattachant ni à une insurrection, ni à une guerre civile, mais inspirée par des *mobiles* politiques ou visant un *but* politique : tel est le cas de l'assassinat d'un souverain ou de son ministre, commis dans le dessein, non de satisfaire une vengeance ou de faciliter un vol ou tout autre délit, mais de renverser le gouvernement dont ce souverain ou ce ministre est le représentant. Ce crime est-il politique? Évidemment le caractère politique ou non politique d'un acte, qui est légalement criminel, n'est pas déterminé par l'existence ou l'inexistence soit de motifs politiques, soit d'un but politique, il dépend de la *nature* de l'acte considéré en lui-même. En d'autres termes, au point de vue juridique, il n'y a pas plus à distinguer l'assassinat, le vol, l'incendie, l'explosion politiques, qu'il n'y a à distinguer suivant que l'assassinat, le vol, l'incendie, l'explosion ont été commis par vengeance, par cupidité, par amour. Le juge, dans l'examen de la *culpabilité individuelle*, peut et doit tenir compte des mobiles plus ou moins antisociaux, plus ou moins odieux de l'acte incriminé, mais cet acte reste, quel que soit le motif qui l'inspire et quel que soit le but qu'il vise, ce qu'il est, en lui-même, un assassinat, un incendie, un vol ou une explosion, c'est-à-dire un crime de droit commun[10].

[10] WESTLAKE, dans un remarquable mémoire, lu, en 1876, à Liverpool, devant l'Association britannique pour l'avancement des sciences, disait : « A mon avis, le caractère politique ou non politique d'un acte, qui est légalement criminel, n'est pas déterminé par l'existence ou la non-existence de motifs politiques, *mais il dépend de la nature de l'acte considéré en lui-même* ». Cfr. RENAULT, *op. cit.*, p. 69; HORNUNG, *Rev. de dr. intern.*, t. II, p. 518; TEICHMAN, *op. cit.*, p. 512. Sur la question et les distinctions qu'on pourrait faire : DE STIEGLITZ, *op. cit.*, p. 111; Ch. SOLDAN, *L'extradition des criminels politiques* (*Rev. gén. du droit*, 1882, p. 512-535). Ce dernier auteur pense que, pour déterminer quels délits sont politiques, il faut tenir un très large compte de l'*intention* indirecte du délinquant et des mobiles qui l'ont poussé à agir. V. la réfutation de cette idée par LENERVEU DE LAFONT (*Bull. soc. légis. comp.* 1883, p. 301). Le traité conclu entre

[illegible] infraction a lieu au cours d'événements poli-
[illegible] *guerre civile, rébellion politique* ou *insurrec-*
[illegible] pas tenir compte de cette circonstance pour
[illegible] *politiques* toutes les infractions de droit commun
[illegible], soit comme infractions complexes, soit comme
[illegible] complexes? Je résoudrai la question par une distinc-
[illegible] ci-dessus peut être ainsi formulé : 1° Tous les crimes
[illegible] commun, tels que pillages, meurtres, incendies, qui se-
[illegible] graves, s'ils se produisaient dans un *état de guerre*
[illegible] seraient absorbés, en quelque sorte, par le crime poli-

[illegible] Belgique, le 12 sept. 1856, a décidé : « Ne sera pas réputé
[illegible] politique, ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la
[illegible] du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle d'un membre
[illegible] famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit
[illegible], soit d'empoisonnement ». Cette clause dite *clause belge* a reçu,
[illegible] doctrine, deux interprétations. Pour les uns, elle constitue la res-
[illegible] l'assassinat d'un chef d'État, quel que soit le mobile ou le but qui
[illegible], le sort véritable caractère de délit de droit commun. Pour d'autres,
[illegible] une dérogation, dans un cas de crime politique, à la règle de
[illegible] international. Quoi qu'il en soit, on a reproché à la clause d'attentat
[illegible] à la fois, trop large et trop étroite. D'après LAMMASCH (*op. cit.*, p.
[illegible]), elle aurait le tort d'autoriser l'extradition pour *tout homicide* commis sur
[illegible] d'un souverain ou d'un membre de sa famille, quelles que soient
[illegible] circonstances qui accompagnent cet acte, et, par conséquent, alors même
[illegible] commis en état de lutte ouverte. Mais on a fait observer que la
[illegible] belge n'apporte une exception aux principes de l'extradition qu'en
[illegible] *meurtre*, d'*assassinat*, d'*empoisonnement*. On n'a donc pas le droit
[illegible] que cette clause autorise l'extradition dans tous les cas d'*homi-*
[illegible] commis sur la personne d'un souverain, à l'occasion d'un soulèvement,
[illegible] dans la chaleur de la lutte (ROLLIN, *Rev. de droit inter.*, 1885, p. 396;

tique d'insurrection dont ils sont des nécessités ou des accidents. Ce crime devra les couvrir, soit au point de vue de l'extradition, soit au point de vue de l'application de la peine de mort, soit au point de vue de la relégation. 2° Mais si, au cours de l'insurrection, il se commet des attentats contre les personnes ou les propriétés, qui seraient *réprouvés par le droit des gens, même dans un état de guerre régulier*, et qui constitueraient des *actes de barbarie odieux* ou de *vandalisme inutile*, ces faits resteront des crimes de droit commun[11]. S'il peut être juste, en effet, d'admettre que tout acte qui s'explique par l'insurrection, qui en est une conséquence plus ou moins directe, doive revêtir le caractère politique de cette insurrection, il serait immoral de considérer, comme des inculpés politiques, des malfaiteurs qui profitent du désordre pour satisfaire leur vengeance ou leur cupidité, ou pour se livrer à des actes de violence, même liés à la lutte politique, mais qui sont des actes de barbarie odieux ou de vandalisme inutile, comme l'assassinat du général Bréa, l'exécution des

[11] CLARKE, *The law of extradition*, p. 170. Cette distinction a été adoptée par l'Institut de droit international dans sa session d'Oxford, t. I, nos 338 et 339; LAINÉ, n° 116 *in fine*. Beaucoup d'auteurs ne la font pas : MORIN, *Rép.*, v° *Déportation*, nos 15 et suiv., surtout n° 19; MOLINIER, *op. cit.*, p. 283; et *Cours élémentaire de droit constitutionnel* (Paris, 1885), p. 194, en note. Elle a été précisée, toujours au point de vue de l'extradition, sur le rapport de M. Albéric Rollin, à Genève, dans quatre articles destinés à remplacer les thèses XIII et XIV adoptées à Oxford (*Rev. de droit intern.*, 1892, p. 526). On peut les analyser dans les propositions suivantes : *a*) Le principe de l'asile est conservé, soit pour délits purement politiques, soit pour délits politiques relatifs, c'est-à-dire pour crimes, même communs, quand leur but est politique; *b*) Toutefois, en cas de délit politique relatif, la règle reçoit une exception, à raison de certains crimes graves énumérés dans le texte contre les personnes et même contre les propriétés; *c*) Lorsqu'il y a lutte ouverte, c'est-à-dire guerre civile ou insurrection, l'exception est considérablement restreinte et ne comprend plus que les actes qui possèdent les deux propriétés suivantes : 1° être défendus par les usages de la guerre; 2° être des actes de barbarie odieux ou de vandalisme inutile; *d*) Enfin, ne font pas partie de l'exception « les faits délictueux qui sont dirigés contre les bases de toute organisation sociale et non contre une forme déterminée de gouvernement ».

olages sous la Commune, les incendies de la rue de la Paix, etc.[13].

108. Il est facile de se rendre compte, par la définition des infractions politiques, que le péril social, que font courir ces infractions, est, en général, plus grand que celui qui résulte des délits ordinaires, que les effets en sont plus désastreux. Une législation, qui s'inspirerait exclusivement des idées de vengeance ou d'utilité, les punirait davantage et les poursuivrait avec plus d'acharnement. L'histoire, en effet, nous montre les législations anciennes, réservant toute leur rigueur pour les infractions politiques, mesurant la peine à l'importance de l'offense, et créant, pour les crimes de « lèse-majesté », les supplices les plus atroces. D'un autre côté, les premiers traités par lesquels les États anciens ont stipulé l'échange de leurs criminels

[13] Comp. Cass., 9 mars 1849 (Sir., 49.1.207), affaire des assassins du général Bréa. Dans ses conclusions, le procureur général Dupin s'exprimait en ces termes : « Gardons-nous d'admettre cette doctrine, que le mélange du caractère politique soustrait à la peine de mort les crimes d'une tout autre nature... Sans cela, voyez les conséquences : à la faveur d'une insurrection politique, tous les crimes deviendront permis! Le drapeau de l'insurrection, semblable au pavillon qui couvre la marchandise, protégera le mélange de tous les crimes accessoires, de toutes les atrocités, telles que les vengeances privées, les massacres de prisonniers, les meurtres, les tortures, les mutilations... ». Cependant, la tendance, en matière d'extradition, est de ne pas tenir compte de cette distinction. Cette tendance est bien caractérisée par l'attitude des gouvernements étrangers en 1871 ; le caractère politique de la Commune a protégé tous les faits dont elle a été la cause ou l'occasion, quelque odieux qu'ils aient été. V. cependant, dans le *Journal officiel* du 27 mai 1871, la circulaire de M. Jules Favre, ministre des affaires étrangères, aux agents diplomatiques de la France à l'étranger, qui relevait le carac-

concernaient les criminels politiques[13]. Ceux-ci ont été extradés, avant qu'on ait songé à rechercher, au delà des frontières, les vulgaires assassins et les vulgaires voleurs. Pourquoi cette interversion dans le sentiment des « crimes d'État », ce contraste entre le présent et le passé? Les motifs de cette évolution du droit pénal sont tirés, soit de la nature des délits politiques, soit de considérations internationales. *a*) Les délits politiques sont moins dirigés contre les bases mêmes de la vie sociale que contre l'ordre établi : ils n'ont donc pas la même *nature* que les délits de droit commun[14]. Les mobiles qui poussent à agir dans le délit politique sont le plus souvent désintéressés, quelquefois même louables; le but que l'on veut atteindre n'a pas ce caractère personnel et égoïste qui inspire le malfaiteur ordinaire : le délit politique n'a donc pas la même *immoralité* que le délit de droit commun. Une législation rationnelle réprimera ces deux espèces de délits par des peines différentes. *b*) D'autre part, la faculté, pour un gouvernement, d'accorder ou de refuser l'extradition en matière politique, aurait fatalement pour conséquence d'appeler chaque État à s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre État, et à se faire juge du caractère plus ou moins excusable d'une attaque contre les pouvoirs établis : la prudence internationale a su éviter toutes ces questions en refusant l'extradition des criminels politiques[15].

[13] Comp. Renault, *op. cit.*, p. 56; Stieglitz, *op. cit*, p. 86; Bernard, *op. cit.*, t. I, p. 251.

[14] Il convient de remarquer, du reste, combien le caractère des délits politiques tend, depuis quelques années, à se transformer dans la plupart des pays de l'Europe. Il s'agit moins, pour le délinquant, de changer le gouvernement que de changer la société elle-même. Cette évolution du délit politique amènera, nous n'en doutons pas, une évolution dans la manière de le considérer.

[15] Cfr. Renault, *op. cit.*, p. 61, qui a très bien expliqué pourquoi l'extradition ne s'applique pas aux crimes politiques. Je ne pense pas, en effet, que ce soit par un sentiment de fausse sentimentalité, que cette règle ait été établie. « L'asile des temps antiques a été réédifié au profit des victimes des dissensions civiles »... « Les proscrits sont redevenus sacrés ». Je le veux bien : mais pourquoi? Ces proscrits sont-ils donc intéressants? Placés au-dessus de la loi par un privilège dont quelques-uns peut-être sont dignes, parce que, de bonne foi, ils ont rêvé le progrès, et combattu pour son

Du reste, une double évolution se produit, sous nos yeux, dans le sentiment des crimes politiques. D'une part, la distinction faite, par les législations modernes, entre les actes qui attaquent l'*État*, c'est-à-dire, l'organisation politique d'un pays, et ceux qui attaquent la *Nation*, c'est-à-dire, la patrie, tend à préciser et à restreindre aux seuls « crimes contre la sûreté *intérieure* de l'État » la notion de la criminalité politique. D'autre part, à côté de la notion du délit politique, naît et se développe la notion du délit social. Celui qui se montre réfractaire non plus seulement à l'ordre social établi, mais à tout ordre social, se rapproche du délinquant de droit commun, bien plus que du délinquant politique; ce n'est plus seulement un *anti-gouvernemental*, c'est un *anti-social*. Et alors le sentiment utilitaire de la conservation, plus fort que toutes les théories, fait reprendre, contre les criminels nihilistes et anarchistes, les anciennes sévérités et remettre en vigueur les anciennes mesures[16].

§ VI. — CLASSEMENT DES INFRACTIONS AU POINT DE VUE DE LEUR ÉTENDUE

(C. p., art. 5.)

109. Double sens de ces mots « délits spéciaux ». — **110**. Délits spéciaux par leur caractère. — **111**. Délits spéciaux par la disposition qui les prévoit. — **112**. Intérêt de la classification des délits en délits communs et délits spéciaux.

109. Des infractions peuvent être *spéciales* à deux points de vue distincts.

110. Elles peuvent être spéciales, parce qu'elles résultent de la violation non des devoirs communs à tous les membres de la société, mais des devoirs spéciaux qui s'imposent à certaines personnes à raison de leur fonction ou de leur état[1]. Parmi les infractions qui ont ce caractère, les plus importantes sont les infractions *militaires*. L'article 5 du Code pénal nous dit expressément que : « *Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes militaires* ».

Mais qu'est-ce qu'on entend par une *infraction militaire*[2]? Deux manières de résoudre la question sont possibles : on peut se préoccuper de la *nature* de l'infraction et ne voir de délit de ce genre que dans la violation du devoir militaire; ou bien, au contraire, attacher ce caractère à la *situation personnelle* de l'auteur du délit et voir une infraction militaire, dans toute infraction commise par un militaire. Sans remonter au droit antérieur à la Révolution, on trouve les systèmes les plus divers dans la législation de notre pays. Dans le décret des 22 septembre-5 octobre 1790, l'Assemblée constituante avait d'abord posé le principe rationnel de la séparation des délits et des juridictions (art. 12), puis elle avait, dans l'article 2, défini les « *délits civils,* ceux commis en contravention aux lois générales », en décidant que ces délits seraient du « ressort de la justice ordinaire, quand même ils auraient été commis par un officier ou un soldat[3] », et les *délits militaires,* « ceux commis en contraventions à la loi militaire par laquelle ils sont définis ». Ces derniers étaient seuls, en temps de paix, de la compétence de la justice militaire. Mais la

§ VI. [1] De la loi 2 D., *De re militari*, nos anciens auteurs, généralisant à l'excès, ont tiré la classification des délits en *delicta communia* et *delicta propria* : « *Militum delicta aut propria sunt, aut cum cæteris communia... Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittet* ».

[2] Sur la question : Francis Laloë, *Observations sur la compétence des conseils de guerre de l'armée de terre* (Paris, 1894). Ce travail, très intéressant et très complet, s'occupe de la compétence actuelle et de la compétence [illegible] des conseils de guerre. Voy. Albert Desjardins, *Jurisprudence [illegible] de guerre et des conseils de révision* (*Rev. crit.*, 1886, p. 1 et

[3] Le décret des 20 septembre-19 octobre 1791 précise la même

Convention, convaincue qu'il était impossible de conserver à l'armée le jury et les tribunaux, « si inconvenants sous beaucoup de rapports », posa, dans l'article 1er du décret du 2e jour complémentaire de l'an III, cette nouvelle règle que « tout délit commis par un militaire ou par tout autre individu attaché aux armées ou employé à leur suite sera jugé à l'avenir par un conseil militaire ». La loi du 13 brumaire an V, qui a créé les conseils de guerre permanents qui existent encore aujourd'hui, adopta le même point de vue. Cette loi n'était que provisoire; elle ne devait rester en vigueur que jusqu'à la paix. La question de savoir à quel caractère on reconnaîtrait les délits militaires, se posa donc, devant le Conseil d'État, pendant les travaux préparatoires du Code pénal. Après avoir séparé les infractions de droit commun des infractions militaires dans l'article 5 qui a été adopté, le projet, dans un article 6, définissait les infractions militaires, en revenant au système de la compétence *ratione materiæ*. Après de vives et successives discussions, la question fut renvoyée à une loi spéciale et l'article 6 abandonné[4]. Ce n'est qu'en 1857 qu'elle devait être reprise et aboutir. En effet, les infractions militaires sont l'objet de deux Codes distincts, l'un des 9 juin-4 août 1857, qui est le Code de justice militaire pour l'armée de terre; l'autre, des 4-13 juin 1858, qui est le Code de justice militaire pour l'armée de mer[5]. Les délits militaires sont soustraits à la juridiction commune et soumis à des tribunaux militaires, dont les Codes de 1857 et de 1858 présentent l'organisation, à côté de la détermination des infractions et des peines.

Le Code militaire pour l'armée de terre range les faits punissables en trois classes : 1° les *fautes de discipline* et les *con-*

infractions ne correspond pas, comme dans la législation ordinaire, l'établissement de trois ordres de tribunaux. La législation militaire n'établit qu'un tribunal unique, le *conseil de guerre*. Elle confère des attributions spéciales aux prévôtés qui ne sont établies qu'au sein des armées. Les *conseils de révision* ne constituent pas un second degré de juridiction, mais simplement une Cour de cassation qui a pour objet de maintenir l'observation de la loi.

La compétence des conseils de guerre de l'armée de terre est actuellement déterminée et par le Code de 1857 et par la loi sur le recrutement du 15 juillet 1889; elle varie suivant que la nation et l'armée se trouvent en état de paix, en état de guerre, ou en état de siège. Une disposition s'applique également à chacune de ces trois situations : c'est celle en vertu de laquelle la justice militaire ne connaît pas de l'action civile (art. 53, 54 et 272). *a*) En temps de paix, la compétence des conseils de guerre est fondée sur la qualité de la personne; elle résulte du caractère militaire du coupable. En principe, tout individu appartenant à l'armée, au moment où il accomplit l'infraction, est donc justiciable de ces conseils (art. 55, 56, § 1, 271). *b*) L'état de guerre résulte d'une mobilisation ordonnée par décret du Président de la République. Dès la promulgation de ce décret, il y a lieu de suivre les règles de la compétence établie pour les conseils de guerre aux armées. L'extension de la compétence, qui porte tout à la fois sur les personnes et sur les faits, varie suivant que l'armée est sur le territoire français, loin de l'ennemi, ou sur le territoire ennemi. Aux justiciables des conseils de guerre en temps de paix, viennent s'ajouter, dans le premier cas, « les individus employés à quelque titre que ce soit dans les états-majors et dans les administrations et services qui dépendent de l'armée; les vivandiers et vivandières, cantiniers et cantinières, les blanchisseurs, les marchands, les domestiques et autres individus à la suite de l'armée en vertu de permission » (C. just. mil., art. 62). L'article 64 dispose, dans le second cas, que tout étranger, prévenu de crimes et délits militaires, sera, s'ils sont commis dans l'arrondissement de l'armée, en présence de l'ennemi, jus-

ticiable des conseils de guerre. *c*) L'article 70 du Code de justice militaire réglemente la compétence des conseils de guerre, dans les places de guerre assiégées ou investies et dans les communes ou départements déclarés en état de siège[6]. Dans ce cas, en outre des justiciables ordinaires, tout individu français ou étranger qui commet des crimes contre la constitution, l'ordre et la paix publique est déféré aux conseils de guerre.

Ce système de compétence, sur lequel nous n'avons pas à insister ici, s'appuie donc à la fois sur deux bases : la qualité des prévenus et la nature des faits. Il est contradictoire dans un temps surtout où l'armée c'est la nation. La compétence *ratione materiæ* devrait être l'unique base de la justice militaire.

111. Les infractions sont encore *spéciales,* en ce sens qu'au lieu d'être prévues et punies par le Code pénal qui constitue la loi commune, elles le sont par des lois particulières, distinctes du Code pénal. C'est en ce sens qu'on appelle les *délits de presse,* les *délits de chasse* et de *pêche,* des délits spéciaux.

112. La distinction des délits ordinaires et des délits spéciaux offre de l'intérêt, soit au point de vue des *circonstances atténuantes,* qui ne peuvent être admises en matière de délits spéciaux que si un texte exprès autorise le juge à les prononcer; soit au point de vue de la *compétence,* en ce sens que les délits spéciaux, tels que les délits de presse et les délits militaires, peuvent être soustraits, en raison de leur nature, à la juridiction commune; soit au point de vue de l'*application de la loi pénale française* à l'étranger; soit, enfin, au point de vue des règles de la *récidive.*

Le nombre des lois pénales particulières est fort grand.

§ VII. — ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX DE L'INFRACTION

113. Éléments généraux et spéciaux. — **114.** Les éléments constitutifs généraux sont au nombre de quatre. Division. — **115.** Éléments accidentels. Renvoi de leur étude.

113. Toute infraction se *constitue* de deux espèces d'éléments bien distincts : les uns lui sont *communs* avec toutes les autres infractions; ce sont les éléments *généraux, constitutifs* de tout délit; les autres lui servent d'éléments *propres,* lui assignent une place à part, lui donnent un caractère particulier : ce sont les éléments *spéciaux, constitutifs* de tel délit. De sorte que toute infraction, comme tout individu, a deux noms : un nom de famille, on l'appelle une « infraction »; un nom propre, on l'appelle un « *vol* », un « *faux* », un « *meurtre* ».

114. Deux choses étant nécessaires à l'existence de l'infraction : la *perpétration du fait* d'action ou d'inaction prévu et puni par la loi; la *culpabilité de l'agent* auquel ce fait est imputable, on comprend que les éléments essentiels de l'infraction soient puisés, et dans le fait punissable et dans la personne de celui qui l'a commis. On peut ramener ces éléments à quatre. En effet, lorsqu'une juridiction pénale déclare un individu *coupable* d'une infraction, cette déclaration implique qu'elle a constaté : 1° que tel individu avait participé à la perpétration de tel fait (*élément matériel*); 2° qu'il y avait participé avec discernement et liberté (*élément moral*); 3° que ce fait était prévu et puni par la loi à laquelle cet individu devait obéissance (*élément légal*); 4° que cet acte ne se justifiait pas par l'exercice d'un droit (*élément injuste*). Si l'un de ces éléments fait défaut,

usant d'un pouvoir qu'il tenait de la loi du 12 vendémiaire an IV, ordonna, par arrêté du 16 frimaire an V, de recueillir tous les textes en vigueur en France pour les rendre communs à la Belgique. La collection de ces lois et ordonnances, approuvée par un arrêté du 7 pluviôse an V, contient des dispositions législatives rendues, en France, depuis l'année 1539 jusqu'au 11 brumaire an V. Elle est connue sous le nom de Code Merlin. Elle n'a aujourd'hui qu'une valeur historique.

le juge ne peut *condamner* l'inculpé; il doit, suivant les cas, soit l'*absoudre,* soit l'*acquitter*. On voit, par là, que l'étude *générale* de l'infraction ou de l'incrimination, qui rentre seule dans le programme de cette partie de l'ouvrage, comprend l'examen de ces quatre éléments, l'étude des éléments constitutifs spéciaux à chaque infraction appartenant à l'examen des incriminations et pénalités particulières, c'est-à-dire à la seconde partie de ce traité.

Les éléments constitutifs généraux de toute infraction se rapportent donc à l'étude de la *loi,* du *délit* et de l'*agent*.

115. Autour des éléments constitutifs de l'infraction, se groupent des circonstances *accidentelles,* qui augmentent ou diminuent la culpabilité. C'est seulement après avoir déterminé les éléments constitutifs et généraux du délit et avoir pris connaissance du système des peines, qu'il sera possible de bien se rendre compte des modifications que subissent ou pourraient subir l'infraction et la peine par suite de ces circonstances accidentelles.

TITRE II

L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE FRANÇAISE QUANT AU TEMPS, QUANT AUX LIEUX, QUANT AUX PERSONNES

CHAPITRE PREMIER

DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE QUANT AU TEMPS QU'ELLE RÉGIT

§ VIII. — ÉLÉMENT LÉGAL DE L'INCRIMINATION

(C. p., art. 4.)

116. Division. — **117.** Nul délit, nulle peine sans une loi. — **118.** Le principe s'applique quelle que soit la cause du changement de législation.

116. La Loi n'est pas universelle comme le Droit : elle est soumise à des restrictions qui tiennent au *milieu* dans lequel elle agit, considéré sous le rapport du *temps,* du *lieu,* des *personnes.* Le temps marque l'apparition et la disparition de la loi; il en forme la partie historique. Le lieu détermine les confins entre lesquels s'exerce son action : il en précise le côté national. Les personnes sont sujettes de la loi : dire à qui la loi s'applique, c'est déterminer à qui elle s'impose, quelle est l'étendue de sa souveraineté. Nous nous occuperons successivement de ces différents point de vue.

117. Pour qu'une action ou une inaction constitue une infraction, il faut qu'elle ait été défendue ou ordonnée par une loi pénale. En effet, il appartient au législateur, de déclarer,

au nom de la société dont il est l'organe, quelles actions ou inactions sont illicites, parce qu'elles troublent l'ordre public. Aussi, l'article 4 du Code pénal décide que : « *Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ».

Cette disposition est la consécration de deux principes, qui dominent l'un et l'autre l'*interprétation* et l'*application* des lois criminelles :

1° C'est, en effet, déclarer que nul acte ne saurait être incriminé et puni par le *juge*, aussi longtemps qu'il n'est pas incriminé et puni par le *législateur*.

2° C'est, en même temps, déclarer que le législateur n'incrimine et ne punit que pour l'*avenir*.

Ces deux principes, qui sont des corollaires l'un de l'autre, n'étaient pas reconnus par notre ancienne jurisprudence criminelle. Les juges pouvaient, en général, incriminer eux-mêmes des faits que la loi n'avait pas prévus et y appliquer, à leur choix, les peines qui leur paraissaient convenir parmi celles établies par les usages ou les ordonnances. C'est en ce sens que nos anciens criminalistes disaient : *Les peines sont arbitraires en ce royaume*. Aujourd'hui, elles sont *légales :* tout *délit* doit être prévu par une loi promulguée avant qu'il ait été accompli, comme toute *peine* doit être attachée par la loi aux injonctions ou aux prohibitions qu'elle contient. Ainsi donc la première recherche que devra faire le juge, dans tout procès pénal, consistera à déterminer si le fait reproché à l'inculpé, en le supposant établi, est ordonné ou prohibé à l'avance par la loi sous menace de châtiment !

118. Les règles qui vont être développées sur l'application de la loi pénale dans les limites du temps, concernent également deux situations qui doivent être identiquement traitées de la même manière : 1° celle d'un changement de législation par suite d'une annexion ou d'une séparation de territoire; 2° celle d'un changement de législation, sans changement de territoire. C'est une observation dont il faut toujours tenir compte quand on étudie les règles de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois pénales.

§ IX. — ACTES DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE QUI ONT FORCE DE LOI EN MATIÈRE PÉNALE

(C. p., art. 471, § 15.)

119. Sources du droit criminel français. — **120**. Sanction pénale de l'article 471 du Code pénal. — **121**. Les dispositions législatives et réglementaires empruntent-elles la sanction de l'article 471, § 150. — **122**. Actes inconstitutionnels qui ont force de loi.

119. Le droit criminel français se compose d'un ensemble de dispositions contenues dans des actes d'une nature bien différente, et qui sont : 1° les *lois* proprement dites; 2° les *ordonnances* ou *décrets* du chef de l'État; les *arrêtés* des ministres; les *arrêtés* ou *ordonnances* du préfet de police; les *arrêtés* des préfets; les *arrêtés* des maires. Les lois procèdent directement du *pouvoir législatif;* les décrets, ordonnances et arrêtés, du *pouvoir exécutif,* par délégation du pouvoir législatif.

Pour comprendre cette distinction, quant aux sources du droit criminel, il faut partir d'une observation essentielle. On sait qu'il existe, dans toute société civilisée, deux pouvoirs, nécessaires au fonctionnement régulier du gouvernement : le *pou-*

des crimes ou délits, mais la *provocation* à les commettre (art. 23 et 24). Seulement, tandis que l'article 12 de la loi du 17 mai 1819 déclarait punissable la provocation à toute action qualifiée *crime* ou *délit,* la loi de 1881, étendue, du reste, à ce point de vue, par la loi du 12 décembre 1893, ne punit que certaines provocations. Voy. ma brochure *L'anarchie et la répression,* nos 48 et 49.

[illegible] *pouvoir exécutif*. Le premier fait les lois, [illegible] applique. La séparation de ces pouvoirs est un [illegible] fondamental du droit public moderne et le caractère le [illegible] qui distingue les gouvernements libres des gouver[illegible] despotiques : en effet, la liberté n'existe pas chez un [illegible] pouvoir qui exécute la loi a le droit de transformer [illegible] ses volontés; elle est menacée, si le pouvoir qui [illegible] est chargé de l'appliquer, et, suivant ses caprices, a [illegible] de la modifier ou de la supprimer au lieu de l'appli[illegible] [illegible] est-il de principe que le droit criminel positif ne [illegible] sa source que dans les *lois votées et promulguées sui*[illegible] *formes constitutionnelles de chaque époque*. Mais ce principe reçoit un double tempérament. *a*) Le pouvoir exécutif, [illegible] faire des règlements pour assurer l'exécution des lois, [illegible] ne peut remplir cette mission que si l'exécution des règlements [illegible] mêmes, est assurée, comme l'exécution des lois, par des sanctions pénales. *b*) De plus, en dehors des rapports sociaux, qui ont un caractère permanent et uniforme, et que le législateur du pays peut régler, il existe une multitude de rapports, dont le caractère est d'être particulier à certaines localités, et de varier avec les temps et les circonstances; ces rapports, le législateur doit les laisser régler et sanctionner par l'*autorité administrative,* dont l'action est tout à la fois plus locale et plus opportune. C'est pour cela que le droit criminel n'a pas seulement sa source dans les actes émanés directement et uniquement du pouvoir législatif, c'est-à-dire dans les lois votées par les deux Chambres[1], mais encore dans les actes du pouvoir exécutif

ou administratif, qui ont pour objet, tantôt d'assurer l'exécution des lois, tantôt d'établir des règles locales et temporaires. Mais, dans l'un et dans l'autre cas, l'autorité gouvernementale ou administrative n'exerce le pouvoir réglementaire que par *délégation* du pouvoir législatif; aussi l'acte réglementaire ne peut prononcer une sanction pénale obligatoire, pour les injonctions ou les prohibitions qu'il contient, que si un texte général ou spécial de loi l'y autorise. Cette sanction est très souvent prononcée par la loi même qui, en déléguant à tel agent du pouvoir exécutif le soin de faire un règlement, édicte, en même temps, la peine applicable à la violation de ce règlement[2]. Mais, à défaut de pénalité édictée par la loi spéciale, tout règlement, *légalement* pris par l'autorité administrative, vient se placer, sous une disposition générale, qui a été ajoutée au Code pénal de 1810 par la loi de révision de 1832 : « Seront punis d'a-« mende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement... : « ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* « *par l'autorité administrative,* et ceux qui ne se seront pas con-« formés aux règlements ou arrêtés *publiés* par l'autorité muni-« cipale, en vertu des articles 3 et 4, titre XI de la loi des 16-« 24 août 1790 et de l'article 46, titre Ier de la loi des 19-22 « juillet 1791 ».

120. Cette disposition, que l'on trouve consacrée par l'article 471, § 15 du Code pénal, donne le droit, et même fait un devoir aux juges compétents, pour connaître d'une contravention à un règlement, de ne prononcer la peine qu'après en avoir examiné la *légalité,* c'est-à-dire qu'après avoir répondu aux quatre questions suivantes : Émane-t-il d'une autorité ayant le pouvoir réglementaire? A-t-il été pris par cette autorité dans les limites de sa compétence? A-t-il été fait dans les formes exigées par la loi? A-t-il été rendu exécutoire par publication, affiche ou signification administrative?

Ces questions, souvent délicates, et qui se présentent particulièrement dans l'application des arrêtés émanés de l'autorité mu-

[2] Voyez, par exemple, l'article 25 de la loi du 19 mai 1874, sur le travail des enfants dans les manufactures.

nicipale, ne peuvent être résolues que par l'examen de la législation administrative à laquelle nous devons renvoyer. Il faut observer seulement que si le juge, auquel on demande l'application pénale d'un règlement, doit se préoccuper de sa *légalité*, il n'a pas à examiner l'*opportunité*, la *justice*, l'*efficacité* des mesures ordonnées par l'autorité administrative dans les limites de ses attributions[a]. La disposition de l'article 471 ne fait donc pas exception, comme on l'a souvent affirmé, au principe fondamental de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Le juge, en effet, qui refuse l'application d'un arrêté, qu'il croit illégal, n'annule pas cet arrêté, il se borne à ne pas prononcer de sanction pénale pour la contravention à ce règlement, laissant à l'autorité administrative dont il émane, le soin de pourvoir, d'une autre manière, si elle le peut et si bon lui semble, à l'exécution de sa décision. Je conclus de cette observation que la disposition de l'article 471, § 15, doit être généralisée et que le juge criminel a le droit et le devoir de refuser son concours à l'application des actes illégaux de toute autorité gouvernementale ou administrative. C'est la conséquence même du principe de la *légalité* des peines.

121. Les dispositions *législatives* et *réglementaires*, qui ne portent pas avec elles de *sanctions pénales*, peuvent-elles tomber sous l'application de la disposition générale de l'article 471, § 15, du Code pénal, qui punit d'une amende de un franc à cinq francs, « *ceux qui auront contrevu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative* » ? La réponse à cette question ne peut être faite sans qu'on tienne compte d'une distinction essentielle entre les *lois* et les *décrets* :

b. En ce qui concerne les *décrets*, la question est plus délicate. Le chef de l'État, en dehors des délégations qui peuvent lui être faites par des lois spéciales, et qui donnent lieu aux décrets rendus en conseil d'État, que l'on désigne sous le nom de « *Règlements d'administration publique* », a un pouvoir réglementaire général pour l'exécution des lois, pouvoir qui n'a d'autre limite que celle qu'il rencontre dans les attributions mêmes du pouvoir législatif[5]. Tous les décrets rendus par le chef de l'État pour l'exécution des lois, s'ils n'empiètent pas sur le domaine réservé au législateur, sont donc, en réalité, des décrets « *légalement faits* ». Il semble, par conséquent, qu'on doive admettre qu'ils rentrent tous ainsi dans les termes mêmes de l'article 471, § 15, du Code pénal. En effet, tandis que le pouvoir réglementaire n'appartient qu'exceptionnellement à l'autorité municipale, à l'autorité préfectorale et à l'autorité ministérielle, le pouvoir réglementaire du chef de l'État a une autre étendue d'application. L'article 3 de la constitution du 25 février 1875, en disant que le Président de la République « *surveille et assure l'exécution des lois* », lui attribue, par cela même, le pouvoir de faire tous les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. La délégation du pouvoir réglementaire, assurée par la constitution au Président de la République, est donc *générale*. Cependant, la jurisprudence paraît n'accorder la sanction de l'article 471, § 15, aux décrets du chef du pouvoir exécutif que dans les cas suivants : 1° lorsqu'ils ont statué sur les objets de police municipale déterminés par les lois des 16-24 août 1790 et du 25 avril 1884[6]; 2° lorsqu'ils ont été pris en vertu d'une délégation spéciale de la loi. Cette

colporteurs de journaux à représenter aux agents de l'autorité le récépissé constatant leur déclaration : Cass., 11 juin 1879 (S. 79.1.144). Ainsi, elle a refusé cette même sanction à l'article 44 de la loi du 18 germinal an X, qui interdit l'ouverture d'une chapelle domestique sans autorisation du gouvernement : Cass., 25 octobre 1886 (S. 86.1.493).

[5] Sur ce point, cfr. Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I, p. 107.

[6] *Sic*. Cass., 17 avril 1856 (S. 56.1.477); 22 juillet 1875 (*B. cr.*, p. 446); 3 mars 1877 (S. 77.1.389).

[illegible] limitation[7] s'appuie sur cet unique motif qu'en 1832, on [illegible] autre intention, en édictant la dernière disposition [illegible] article 471, que de confirmer la pratique antérieure et d'é[illegible] aux tribunaux de recourir aux dispositions surannées de [illegible] de 1791 sur la police rurale et du Code de brumaire an IV.

122. Le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif a subi, à diverses époques, et par l'effet de nos révolutions, certaines éclipses, et nous ne serions pas complet si nous ne signalions, en note, les actes *irrégulièrement* rendus par des *pouvoirs réguliers*[8], ou les actes rendus par des *pouvoirs irréguliers*, qui sont considérés comme ayant force de loi et qui s'ajoutent ainsi aux sources du droit criminel[9].

[7] La jurisprudence, qui refuse la sanction pénale aux décrets dans d'autres circonstances, a été surtout affirmée par deux arrêts importants : 1° un arrêt du 13 décembre 1851, par lequel la Cour de cassation a décidé que l'article 2 de l'ordonnance du 24 octobre 1814, sur la presse, n'était sanctionnée par aucune peine et que l'inaccomplissement de la formalité prescrite aux imprimeurs par cet article ne saurait être réprimé par l'application de l'article 471, § 15 ; 2° un arrêt du 23 octobre 1886, déjà cité, par lequel la Cour de cassation décide que le décret du 22 décembre 1812, qui interdit l'ouverture d'une chapelle domestique sans autorisation du gouvernement, n'est pas sanctionné par l'article 471, § 15, du Code pénal.

[8] Ainsi, il a été rendu, de 1804 à 1814, des décrets relatifs à des matières législatives qui auraient pu être attaqués, dans les dix jours, devant le Sénat, comme inconstitutionnels (Const. 22 frim. an VIII, art. 37), mais qui, faute d'avoir été l'objet de ce recours, sont considérés, par la jurisprudence, comme ayant acquis force de loi (Cass., 3 févr. 1820; 24 août 1832, D., J. G., *Poudres et salpêtres*, n° 20) : tels sont notamment les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811, qui frappent de confiscation, de mort civile et même de mort, les Français, restés dans un pays étranger en guerre avec

§ X. — INTERPRÉTATION DES LOIS PÉNALES

123. Interprétation privée. Interprétation officielle. — **124.** Interprétation législative. — **125.** Interprétation judiciaire. — **126.** Conséquences diverses.

123. En dehors de l'interprétation *privée* des lois pénales, qui est du domaine des jurisconsultes et qu'on appelle, pour ce motif, interprétation *doctrinale,* on distingue deux espèces d'interprétation *publique* ou *officielle*, dont les caractères sont différents : l'interprétation *législative* et l'interprétation *judiciaire.*

124. I. Le droit d'interpréter la loi, par voie de disposition générale, *obligatoire* pour les *tribunaux,* ne peut appartenir qu'au pouvoir législatif : *Ejus est interpretari legem, cujus est condere.* Ce principe a été admis et appliqué dans nos constitutions, depuis 1789 jusqu'en l'an VIII. Mais, après la promulgation de la constitution du 22 frimaire, le droit d'interpréter les lois fut confié, par le règlement du 3 nivôse an VIII et par la loi du 16 septembre 1807, au chef du gouvernement, en conseil d'État. De 1800 à 1814, le conseil d'État, agent du pouvoir exécutif, a donc rendu des avis ayant force de loi. La charte de 1814 a modifié cet état de choses, en restituant virtuellement le droit de développer le sens des lois au pouvoir législatif, qui l'a conservé depuis lors. C'est donc aux deux Chambres qu'il appartient aujourd'hui d'interpréter les lois. Cette interprétation est obligatoire pour les tribunaux, comme la loi elle-même. Nous nous demanderons seulement si les lois interprétatives peuvent avoir, en matière pénale, un effet rétroactif.

125. II. L'interprétation judiciaire est la recherche du sens de la loi faite par un tribunal, dans le procès, et seulement pour le procès qui lui est soumis (C. civ., art. 5). Cette interprétation

juin 1871 (*Journ. off.* du 15, p. 1204 et suiv.; du 16, p. 1385 et suiv.; du 17, p. 1395 et suiv.). V. également le rapport déposé par M. Taillefert, le 24 février 1872, au nom de la commission chargée par l'Assemblée de rechercher ceux qui, parmi ces décrets, ayant un caractère définitif, devaient être maintenus, modifiés ou supprimés (*Impressions de l'Assemblée nationale,* n° 928).

est-elle interdite à un tribunal de répression? Nullement. Dans le cas où le texte de la loi est obscur, ce tribunal doit, comme un tribunal civil, se demander quelle a été l'intention du législateur et s'aider, pour faire cette recherche, de tous les procédés d'interprétation, de l'interprétation *logique*, comme de l'interprétation *grammaticale* : il peut aussi bien *étendre* que *restreindre* la portée littérale des textes. Mais, lorsque le sens de la loi pénale est clair, ou qu'il a été fixé[1] par l'interprétation, le juge doit appliquer le texte à tous les cas qui sont compris dans ses termes, mais seulement à ces cas : il ne lui est permis de créer, par analogie, par interprétation ou par induction, ni *délit* ni *peine* (C. p., art. 4)[2]. Cette règle est absolue, et elle constitue un contraste intéressant à relever entre la mission des tribunaux civils, dans l'application des lois civiles, et la mission des tribunaux répressifs, dans l'application des lois pénales. Le

§ X. [1] Sur les principes de l'interprétation en matière pénale : FAUSTIN HÉLIE, *Introduction aux Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle* de BOITARD, p. XIII. Selon lui, l'interprétation de la loi pénale ne doit être ni *restrictive* ni *extensive*; elle doit être *déclarative*. C'est, en d'autres termes, l'opinion que j'adopte. On dit, en effet, parfois, que la loi pénale, lorsqu'elle manque de clarté, doit être interprétée d'une manière *extensive* en faveur de l'inculpé et d'un manière *restrictive* contre lui. Mais si cette règle était exacte, ce serait enlever au juge le droit de rechercher, sans autre préoccupation que celle de la vérité, le sens d'une loi pénale peu claire. Or, ce droit, le juge répressif le possède comme le juge civil. L'aphorisme de Bacon : *Durum est torquere leges ut homines torqueant*, a, tout au plus, la valeur d'un jeu de mot. Il faut non pas torturer, mais interpréter les textes. Les peines ne pouvant être infligées qu'en vertu d'une disposition expresse et explicite, le doute doit entraîner l'absolution de l'accusé : je le

tribunal civil, saisi d'un procès, doit le trancher en faveur du demandeur ou du défendeur; il ne peut s'abstenir de *dire droit* aux parties, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. S'il le faisait, il se rendrait coupable d'un *déni de justice* (C. civ., art. 4; C. p., art. 185)[3]. Aussi dans le silence de la loi positive, les tribunaux civils peuvent et doivent recourir, pour juger les espèces qui leur sont soumises, soit à l'argument d'*analogie*, soit à l'argument d'*équité*. Telle n'est pas la mission d'un tribunal de répression. Sans doute, il ne peut s'abstenir de vider, par un jugement, le débat dont il est saisi; ce serait également un déni de justice, de sa part, que de se refuser à juger; mais il ne doit retenir l'inculpé dans l'instance et le condamner que s'il constate : 1° que les faits relevés à sa charge constituent *tel* délit prévu par *telle* loi; 2° que cette loi attache *telle* peine à la violation des injonctions ou des prohibitions qu'elle contient. Si ces deux conditions ne se rencontrent pas dans le procès qui lui est soumis, le tribunal doit nécessairement renvoyer l'inculpé de la poursuite, car les peines sont de droit étroit et le silence de la loi profite aux accusés : *nullum delictum, nulla poena sine lege* (C. p., art. 4; C. inst. cr., art. 159, 299 et 364).

126. De ces principes résultent deux conséquences corrélatives :

1° Il est d'abord bien certain que les infractions à des dispositions d'ordre public et d'intérêt général, prohibitives ou impératives, qui ne sont sanctionnées par aucune peine expresse, ne peuvent donner lieu à des poursuites devant les tribunaux de répression. C'est la conséquence la plus directe du principe de la *légalité des peines*. Mais la violation de lois d'ordre public peut-elle autoriser des mesures administratives? L'autorité, chargée de procurer l'exécution de la loi, peut-elle agir direc-

[3] Le Code pénal espagnol de 1870 contient, à ce point de vue, une disposition intéressante, dans son art. 2 « Dans le cas où un tribunal a connaissance d'un fait qu'il estime digne de répression et qui n'est point puni par la loi, il s'abstiendra de toute procédure et exposera au gouvernement les raisons qui le portent à croire que ce fait devait être l'objet d'une sanction pénale ».

tement pour supprimer ou faire disparaître l'état de fait contraire à la loi? Nous ignorons par quelle voie *légale* elle pourrait y parvenir. Toute exécution administrative se heurte, en effet, à l'inviolabilité de la propriété ou de la personne; et l'acte administratif constitue lui-même un délit, s'il se produit sans un jugement préalable[4], et s'il viole le droit de la personne ou celui

[4] Je cite trois exemples. *a*) L'exercice de la profession de libraire, aux termes d'une loi du 21 octobre 1814 (art. 11 et 21), n'était pas libre; elle était soumise à l'obtention d'un brevet. Mais la loi précitée ne punissait d'aucune peine l'exercice de la profession de libraire sans brevet. Dans ces conditions, la Cour suprême avait décidé que le libraire poursuivi devait être renvoyé d'instance sans dépens et que le tribunal correctionnel n'avait pas le droit d'ordonner la fermeture de son magasin. Mais pouvait-il appartenir à l'autorité administrative de faire fermer l'établissement ouvert sans brevet? Sur la question, et dans le sens de l'affirmative, lisez les conclusions de l'avocat général QUÉNAULT, rapportées avec l'arrêt de Cass. du 7 nov. 1844 (S. 44.1.823). Mais par quelle voie *légale* l'administration pouvait-elle y parvenir? C'est ce que nous ne voyons pas. Aujourd'hui, du reste, la profession de libraire, comme celle d'imprimeur, est absolument libre. *b*) En admettant que les congrégations religieuses non autorisées constituent des associations illicites, il paraît certain que leurs membres ne tombent pas sous le coup des articles 291 et 292 du Code pénal. Le Code pénal vise uniquement les associations et non les congrégations, de plus les congréganistes habitent la même maison, ce qui exclut toute application de ces textes (on trouvera du reste des renseignements complets sur ce point dans le *Rép. gén. alph. du droit français*, v° *Communauté religieuse*, n°s 558 et suiv.). Les membres d'une congrégation non autorisée ne peuvent donc pas être poursuivis devant les tribunaux de répression; mais l'autorité administrative a-t-elle le droit de procéder directement à des mesures de dispersion atteignant les individus? Cette question est examinée et résolue dans les deux sens opposés par les rédacteurs du Sirey, 1881 (S. 81.2.209

de la propriété qui sont placés sous la sauvegarde des tribunaux.

2° Il est bien certain également que le juge a le devoir de qualifier le fait tel qu'il est qualifié par la loi et qu'il ne doit pas, pour changer la compétence, substituer à la qualification légale une autre qualification, même moins rigoureuse. Sa mission n'est pas de juger la loi, mais de juger le procès conformément à la loi. Et cependant rien n'est plus fréquent que l'usage contraire. On voit tous les jours les parquets et les juges d'instruction dissimuler une circonstance aggravante pour *correctionnaliser* un fait qualifié crime et renvoyer devant le tribunal correctionnel un inculpé qui serait justiciable de la cour d'assises. Ce procédé est aussi contraire aux intérêts de la société qu'à ceux du prévenu[3].

§ XI. — PROMULGATION ET ABROGATION DE LA LOI PÉNALE

(C. p., art. 484.)

127. Principe. — **128.** Promulgation et abrogation. — **129.** Application des principes de l'abrogation faite par l'article 484 du Code pénal.

127. L'action des lois criminelles, comme celle des autres lois, embrasse une durée qui se détermine par la date de leur

un domicile privé pour assurer l'exécution de ces textes? C'est toujours la même question, et nous la résoudrons de même dans le sens de la négative.

[3] Sur la correctionnalisation, on consultera : Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 26 ; Faustin Hélie, *Rev. crit.*, 1862, t. XX, p. 112 ; G. Rousset, *De la correctionnalisation des crimes* (*Rev. crit.*, t. V, p. 352 ; t. VIII, p. 247). Cette pratique est, du reste, non seulement tolérée, mais encouragée par la chancellerie. Cfr. *Journal du minist. public*, t. XIX, p. 190 et 102. Le prévenu a, bien entendu, le droit de décliner la compétence correctionnelle. Mais il est de jurisprudence constante que le juge d'appel, saisi par l'appel du seul prévenu de la connaissance d'un jugement qui a appliqué des peines correctionnelles à un fait constituant évidemment un crime, ne peut pas déclarer d'office l'incompétence de la juridiction correctionnelle. La loi belge du 4 octobre 1867 a rendu légale, en Belgique, le procédé, soit de la correctionnalisation, soit de la contraventionnalisation, au moyen d'une déclaration de circonstances atténuantes. Cfr. G. Timmermans, *Commentaire de la loi du 4 oct. 1867 sur l'appréciation des circonstances atténuantes par les cours et tribunaux* (Bruxelles, 1880).

promulgation et ***publication*** et celle de leur ***abrogation***.

128. Pour que les tribunaux de répression puissent prononcer une condamnation, il faut donc que le fait incriminé se place dans l'intervalle qui sépare deux dates : 1° le temps où la loi qui le prévoit est devenue obligatoire par sa promulgation et sa publication ; 2° le temps où elle a cessé de l'être par son abrogation.

a) La loi pénale n'oblige que lorsque le chef de l'État l'a promulguée, c'est-à-dire rendue exécutoire, et que, d'autre part, cette promulgation a été portée à la connaissance de tous par l'un des deux modes de publication, établis dans un décret du 5 novembre 1870[1]. D'après ce décret, combiné avec une ordonnance du 27 novembre 1816, le gouvernement a le choix entre deux organes de publicité, le *Bulletin des lois* et le *Journal officiel*. Il peut employer l'un ou l'autre[2], mais il doit nécessairement se servir de l'un ou de l'autre, à moins que le Parlement, en votant une loi, n'ait décidé qu'elle serait exempte des formalités habituelles.

Il faut observer que les textes visés ne statuent que sur la promulgation des lois proprement dites, des décrets et des ordonnances du chef de l'État. Les arrêtés des ministres, les ordonnances du préfet de police, les arrêtés des préfets et des maires sont portés à la connaissance des intéressés, tantôt par des notifications individuelles, tantôt par voie d'affiches, d'insertions dans les journaux, de publications à son de trompe ou de tambour.

b) Les lois pénales cessent d'être obligatoires, soit par leur *abrogation*, soit par l'*expiration du temps* pour lequel elles

mise la formation du droit par l'usage ou la coutume[3]. En France, la volonté générale doit s'exprimer pour défaire comme pour faire une loi, dans les formes indiquées par la constitution. Cette règle est absolue quant au droit pénal qui est essentiellement écrit (C. p., art. 4)[4].

Qu'est-ce que l'abrogation? C'est l'abolition d'une loi par une loi postérieure. L'abrogation est *expresse*, quand elle est exprimée dans une disposition législative formelle. Elle est *tacite*, lorsqu'elle résulte simplement de l'opposition entre les deux lois. L'étendue de l'abrogation expresse dépend naturellement des termes dans lesquels elle est formulée. Celle des effets de l'abrogation tacite, d'une incompatibilité qu'il faut constater et interpréter. En principe, l'étendue de l'abrogation tacite est différente suivant les cas. *a*) Se trouve-t-on en présence de deux lois générales sur la même matière? la seconde abroge complètement la première. C'est ainsi que le Code pénal de 1810 a nécessairement abrogé celui de 1791. *b*) Se trouve-t-on en présence d'une loi générale et d'une loi spéciale antérieure? quand cette dernière a pour objet une matière non traitée par la loi générale, elle n'est pas abrogée; quand elle contient des dispositions contraires à la loi générale nouvelle, celle-ci l'abroge. C'est ce qu'exprime la règle *legi speciali per generalem non derogatur, nec generali per specialem*. *c*) Les deux lois en présence sont-elles spéciales? L'étendue de l'abrogation se restreint aux limites de l'incompatibilité constatée. Si la contrariété ne porte que sur une disposition, l'abrogation n'atteint naturellement que cette dispo-

[3] Cass., 17 janv. 1868 (D. 68.1.363); 11 nov. 1881 (D. 82.5.351); 11 juill. 1884 (D. 85.1.333). Voy. cependant : Ch. Beudant, *op. cit.*, n° 105.

[4] Même dans le système des lois codifiées, une place appartient à la coutume. C'est ce qu'a bien démontré Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 1896, Introduction, n° 55. Mais ce ne peut être vrai que pour le droit civil. Pour le droit pénal, une distinction s'impose : la coutume ne peut créer une disposition pénale; mais la désuétude ne peut-elle pas l'abroger? Il y a une foule de lois qui n'ont jamais été abrogées d'une façon formelle et dont certainement on réclamerait en vain l'application. On en a donné un exemple piquant : Une ordonnance de 1634 interdit, sous sanction pénale, de fumer. Bien qu'elle n'ait pas été abrogée, qui oserait sérieusement la prétendre en vigueur? Voy. Beudant, *op. cit.*, n° 105, p. 112.

sition; si elle porte sur le principe même qui servait de fondement à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à la loi tout entière.

129. Ces régles ont inspiré l'article 484 du Code pénal[6]. En effet, un grand nombre de lois et de règlements antérieurs au Code pénal de 1810 punissent des infractions qui ne sont pas prévues par ce Code. La question de savoir si ces lois et règlements sont encore applicables est résolue par l'article 484, ainsi conçu : « *Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers*[6], *les cours et les tribunaux continueront de les observer* ». Ainsi, les anciennes lois et les anciens règlements peuvent être encore en vigueur aujourd'hui, mais trois conditions sont nécessaires pour cela. Il faut que les *matières* dont il s'agit, c'est-à-dire « l'*espèce* » d'infractions prévue par ces lois, ne soient pas réglées par le Code pénal; il faut ensuite que ces matières soient réglées par des *lois* ou *règlements particuliers;* enfin, que ces lois et règlements particuliers, encore en vigueur au moment de la mise en activité du Code pénal, n'aient pas été *abrogés* depuis. L'examen de chacune de ces conditions demande quelques explications.

1° Les lois et règlements particuliers ne sont encore en vigueur que lorsqu'ils régissent des *matières* que le Code pénal ne traite pas, soit qu'il les passe sous silence, soit qu'il ne contienne que quelques dispositions éparses, détachées, mais non un système complet de législation sur ces points[7]. Les deux situations doivent être, du reste, distinguées. En effet, dans le premier cas, le maintien complet des anciennes dispositions pénales est incontestable; dans le second, les lois et règlements antérieurs

au Code restent en vigueur dans toutes les dispositions auxquelles il n'a pas été *expressément* dérogé. C'est, par application de ces idées que la loi des 28 sept.-6 oct. 1791[8], dite *Code rural,* est maintenue pour tous les délits qu'elle a prévus et sur lesquels le Code pénal ne contient pas de dispositions particulières[9]. A l'inverse, on doit considérer comme implicitement abrogés les lois et règlements particuliers qui portent sur une espèce d'infractions que le Code pénal a réglée, quand même ces lois et règlements auraient prévu des infractions s'y rattachant et sur lesquelles le Code pénal serait resté muet[10].

2° Le Code pénal ne maintient en vigueur que les lois et règlements *particuliers.* C'est l'application de la règle d'après laquelle une loi générale sur une matière abroge les lois générales antérieures. Il faut en conclure que le Code pénal de 1791, le Code de police correctionnelle et municipale des 19-22 juillet 1791, et le livre III du Code de brumaire an IV, qui statuait accessoirement sur la pénalité, ont été abrogés par le Code pénal de 1810. Nous ne pouvons donc, en présence des termes formels de l'article 484, approuver la jurisprudence, aujourd'hui constante, qui applique, à certains faits non prévus par le Code pénal de 1810, les dispositions des Codes antérieurs, soit du Code pénal de 1791, soit du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV[11].

[8] Cfr. D., *C. p. annoté*, art. 484, n° 53.

[9] Cfr. sur certains règlements antérieurs à 1789, encore en vigueur aujourd'hui, les arrêts suivants de la Cour de cassation : Cass., 17 déc. 1852 (D. 53.1.53); 11 octobre 1851 (D. 51.1.312); 5 juin 1841 (D. J. G., v° *Revendeur,* n° 1); 28 mars 1857 (D. 58.1.335); 11 juillet 1884 (D. 85.1. 333). Voyez les conclusions du procureur général Barbier qui sont rapportées sous ce dernier arrêt; 1er déc. 1866 (D. 67.1.142); 17 février 1883 (D. 83.1.488).

[10] C'est ainsi que la jurisprudence a considéré, comme abrogées par le Code pénal : 1° la loi du 25 frimaire an VIII qui punit les menaces d'incendie; 2° la loi du 12 floréal an II, sur les voies de fait, contre les actes d'exécution judiciaire.

[11] Ainsi, il est de jurisprudence constante que le Code pénal n'ayant pas prévu les voies de fait légères, ou simples violences, sans coups ni blessures, ces faits restent punissables d'après l'art. 17, tit. 1er de la loi des 19-22

3° Les seules dispositions que le Code pénal de 1810 déclare maintenir sont celles qui étaient encore obligatoires au moment de la promulgation de ce Code. La peine applicable est alors celle de l'ancien règlement, si elle figure au nombre des peines admises aujourd'hui, ou la peine qui y a été substituée, si quelque loi moderne, visant un de ces anciens règlements, a prononcé une peine pour violation de ces dispositions, ou bien, à défaut, et s'il s'agit d'un règlement légalement fait par l'autorité administrative, la sanction générale édictée par l'article 471, n° 15, du Code pénal.

§ XII. — DU PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS PÉNALES[1]

(C. p., art. 4.)

130. Raison d'être de la non-rétroactivité des lois pénales. — **131**. Comparaison, à ce point de vue, des lois pénales et des lois civiles. Caractère et portée du principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

130. Ainsi, c'est dans la *loi positive*, régulièrement promulguée et non abrogée, que le juge doit rechercher le caractère du fait qui lui est soumis; pour qu'il soit punissable, il faut que ce fait se trouve qualifié et puni par la loi, *avant qu'il ait été commis*. Ce principe, que proclame l'article 4 du Code pénal, est resté étranger à notre ancienne jurisprudence; il a été reconnu, par l'Assemblée constituante, dans la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 (art. 8).

nal », prétend quelque part M. Thiers, « est fouet par un bout et sifflet par l'autre ». Ce motif est excellent, pour ces transgressions aux lois de police, nullement ou faiblement répréhensibles en droit naturel ; il est évident, quant à ces transgressions, que la justice commande au pouvoir, s'il veut les punir, de le déclarer à l'avance. Mais ce motif est insuffisant pour ces infractions plus graves, dont la criminalité est indiquée par la conscience avant de l'être par la loi; on pourrait dire, en effet, que les avertissements de la conscience suffisent pour rendre le châtiment de ces faits mérités. Il en serait ainsi, sans doute, si le droit de punir était exclusivement fondé sur la justice absolue; mais comme il a des limites tracées par les nécessités sociales, il est indispensable que la loi positive, essentiellement *déclarative* de la moralité des actions humaines au point de vue social, proclame et fasse connaître, à l'avance, ce qu'elle ordonne ou ce qu'elle défend. Jusque-là, les citoyens sont en droit de croire que tout ce qui n'est pas défendu est permis, que tout ce qui n'est pas ordonné est indifférent[3].

131. Ainsi, les lois criminelles, n'ont pas d'effet rétroactif et ne sont, en général, applicables qu'aux infractions commises depuis qu'elles sont devenues exécutoires. L'article 4 du Code pénal semble même se présenter, à ce point de vue, comme une répétition inutile du principe général énoncé dans l'article 2 du Code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif* ». Mais il ne faudrait pas s'arrêter à cette apparence : nous avons à examiner, en effet, si le principe de la non-rétroactivité des lois s'applique de la même manière au droit criminel et au droit civil, s'il a, pour ces deux

[3] Faut-il, comme semble le faire LABORDE (*op. cit.*, n° 66), distinguer, suivant que l'objet de la loi nouvelle est de créer une infraction, d'incriminer un fait jusqu'alors licite, ou suivant qu'elle a pour objet de modifier toute autre partie de la législation criminelle, par exemple, la peine applicable à un fait déjà incriminé? Dans le premier cas, la non-rétroactivité serait rationnelle; dans le second, ce serait une décision de faveur. — Je ne le pense pas. La possibilité d'une modification dans un état acquis jetterait dans la société un germe d'inquiétude et d'alarme. C'est-à-dire que l'œuvre de la loi qui est d'assurer et de garantir la sécurité et la tranquillité des citoyens serait manquée si la loi était rétroactive.

branches du droit positif, le même caractère et la même portée.

I. A-t-il le même caractère? En matière civile, le principe de la non-rétroactivité des lois est plutôt un principe d'*interprétation judiciaire* qu'un principe *constitutionnel*, c'est-à-dire qu'il doit être considéré, non comme une restriction aux pouvoirs du *législateur*, qui, lui, peut faire des lois rétroactives, mais comme une règle tracée au *juge* dans l'application des lois, auxquelles le législateur n'a pas formellement attaché d'effet rétroactif. En est-il de même en matière pénale? Le principe de la non-rétroactivité n'est-il pas plutôt un principe constitutionnel qui s'imposerait au pouvoir législatif? Certaines constitutions lui ont donné ce caractère. Ainsi, la règle que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi, établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée », était écrite dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui servait de préambule à la constitution du 3 septembre 1791. L'article 14 de la *Déclaration des droits et devoirs*, qui précédait la constitution du 5 fructidor an III, allait même plus loin, en proclamant, comme un principe constitutionnel, qu'aucune loi, ni *criminelle* ni *civile*, ne pouvait avoir d'effet rétroactif. Mais ce principe ne se trouve répété, ni par la constitution du 14 janvier 1852, ni par les lois constitutionnelles de 1875; il n'est inscrit que dans le Code pénal et le Code civil, c'est-à-dire dans des lois, obligatoires pour les tribunaux tant qu'elles ne sont pas abrogées, mais qui cessent de l'être quand le législateur estime qu'il y a lieu d'y déroger. L'article 4 du Code pénal et l'article 2 du Code civil sont donc écrits pour les *juges* et non pour les *législateurs*; ils obligent les tribunaux qui violeraient ces dispositions

Du *caractère* de ce principe, il faut conclure, que les lois pénales *interprétatives* ne peuvent rationnellement donner lieu à la question de savoir si elles s'appliquent aux faits accomplis avant leur promulgation. Comme ces lois ont pour objet de déterminer le sens des lois antérieures, elles font corps avec ces dernières et ne sont point à considérer comme des lois nouvelles[5]. Sous ce rapport, il n'y a pas à distinguer entre les lois qui, en réalité, ne sont qu'interprétatives et celles auxquelles le législateur a entendu attribuer ce caractère, bien que, en fait, elles statuent par voie de disposition nouvelle, car le législateur, pouvant attacher un effet rétroactif à toute loi nouvelle, a usé de ce pouvoir, en appelant loi *interprétative*, une loi qui n'a pas ce caractère[6]. Mais, il va de soi que les lois interprétatives n'ont aucune influence sur les jugements qui avaient acquis l'autorité de la chose jugée au moment où elles sont devenues obligatoires[7].

II. Considéré comme une simple règle d'interprétation judiciaire, le principe de la non-rétroactivité des lois criminelles a-

pas le pouvoir, comme aux États-Unis, d'apprécier la constitutionnalité des lois et d'en contester le caractère obligatoire. C'est la conséquence la plus grave et, en même temps, la moins rationnelle du principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. Cette conséquence, incontestable sous l'empire de la constitution de 1852, qui chargeait le Sénat de l'examen de la constitutionnalité des lois, est généralement admise encore aujourd'hui, quoiqu'aucun texte ne la proclame, parce qu'il serait trop facile, s'il en était autrement, d'arrêter l'exécution de toutes les lois, sous prétexte qu'elles seraient contraires à des principes constitutionnels que chaque tribunal aurait le droit d'interpréter à son gré. Cfr. Garsonnet, *Cours de procédure*, § V, p. 25; Macarel, *Éléments de droit politique* (Paris, 1833), p. 419 et suiv.; Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 5; Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 361; Orban, *Rev. du droit polit. et de la science polit.*, 1895, t. I, p. 216.

[5] Cfr. Haus, t. I, nos 187 et 188; Ch. Beudant, *op. cit.*, no 133.

[6] Tel est le caractère d'une loi du 12 mai 1871, rendue à la suite des événements de la Commune, et intéressant les articles 255 et 256 du Code pénal (art. 4), à propos du détournement des bulletins du casier judiciaire, des actes de l'état civil, des dépôts, minutes et papiers des notaires et autres officiers ministériels, et autres dépôts d'intérêt public.

[7] Voy. sur ce point particulier : Ch. Beudant, *op. cit.*, no 136.

t-il la même portée que le principe de la non-rétroactivité des lois civiles? C'est dans la loi pénale, avons-nous dit, que le juge doit rechercher le caractère de l'infraction et les règles qui lui sont applicables. Or, cette recherche ne présentera pas, en général, grande difficulté, s'il se trouve en présence d'une loi unique qui n'a pas varié depuis le jour où le fait a été commis jusqu'au jour où il est poursuivi et jugé. Mais le juge peut se trouver en face de plusieurs lois successives et différentes; dans ce conflit entre les lois anciennes et la loi nouvelle, quelle loi appliquera-t-il? Question complexe, qui n'est pas susceptible d'une réponse unique : car ces lois peuvent être relatives, soit à l'incrimination et à la pénalité qu'elles modifient, soit à l'organisation des juridictions qu'elles changent, soit au temps pendant lequel l'infraction peut être poursuivie ou punie, temps dont elles augmentent ou diminuent la durée. Autant d'hypothèses à préciser et à examiner. Du reste, toutes sont dominées par une considération générale. La loi nouvelle qui intervient est présumée meilleure que celle qui l'a précédée : il est donc désirable qu'elle reçoive le plus tôt possible application, en effaçant les traces d'une loi que le pouvoir social juge défectueuse. Mais l'utilité générale, qui commande l'exécution prochaine de la loi nouvelle, peut se trouver aux prises avec l'utilité particulière qui réclame un ajournement. Comment concilier ces exigences contradictoires? On a donné, sur ce point, une formule, qui, théoriquement, est irréprochable. Quand la loi nouvelle se trouve en face d'un simple *intérêt,* invoqué par un citoyen, elle peut rétroagir en forçant cet intérêt individuel à plier devant l'intérêt général; quand, au contraire, elle rencon-

§ XIII. — DU CONFLIT DES LOIS ANCIENNES ET DES LOIS NOUVELLES EN CE QUI CONCERNE L'INCRIMINATION ET LA PÉNALITÉ

132. Trois situations à prévoir. — **133.** Cas où il n'est pas intervenu de jugement. Les lois pénales sont tantôt rétroactives, tantôt non rétroactives. Lois plus douces. Lois plus sévères. — **134.** Difficultés d'application. — **135.** Effets d'une loi nouvelle quand il est intervenu un jugement non définitif. — **136.** Effets d'une loi nouvelle sur les condamnations déjà prononcées. — **137.** Loi changeant le mode d'exécution d'une peine.

132. La question de la non-rétroactivité des lois pénales se pose dans trois situations possibles : 1° celle où il n'est pas intervenu de jugement au moment du changement de législation ; 2° celle où il est intervenu, à ce moment, un jugement qui n'est pas encore définitif; 3° celle enfin, où, au moment du changement de législation, il a été prononcé un jugement irrévocable.

133. *Cas où il n'est pas intervenu de jugement.* — Dans ce cas, les choses sont entières, et la question de la rétroactivité des lois pénales doit être décidée à l'aide d'une distinction essentielle. La loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir, lorsqu'elle déclare punissable un fait qui n'était pas puni jusque-là ou qu'elle aggrave la peine portée par la loi antérieure. La loi nouvelle a un effet rétroactif, si elle enlève à un fait le caractère délictueux que lui donnait la loi précédente, ou si elle réduit la peine établie par celle-ci.

I. La loi nouvelle, qui imprime un caractère délictueux à des faits jusqu'alors impunis, ou frappe de peines plus graves des faits déjà punissables, n'est pas applicable aux faits accomplis avant l'époque où elle est devenue exécutoire[1]. C'est la consé-

§ XIII. [1] Des applications de cette règle ont été faites en matière de récidive, à propos de deux lois du 27 mai 1885 et du 26 mars 1891. *a*. La loi de 1885 s'occupe, dans l'article 9, de la situation transitoire des repris de justice, au point de vue de la relégation. D'une part, le juge doit tenir compte des condamnations antérieures à la loi. Mais, d'autre part, quelles que soient les condamnations antérieures, le récidiviste ne sera soumis à la relégation que s'il se fait condamner de nouveau. Pour qu'il y ait condamnation nou-

quence même du principe posé par l'article 4 du Code pénal. Ainsi, la loi du 23 janvier 1873, qui a créé une contravention, « l'ivresse publique », ne s'applique « qu'aux individus trouvés en état d'ivresse manifeste... », depuis sa promulgation. De même, la loi du 14 mars 1872, « qui établit des peines contre les affiliés de l'association internationale des travailleurs », n'atteint que les individus qui, « après la promulgation de la présente loi », s'affilieront à cette association (art. 2). Les individus précédemment affiliés échappent donc à l'application de cette loi, à moins qu'ils ne fassent, après sa promulgation, « *acte d'affilié* ». Cette disposition, que je relève dans l'article 2 de la loi du 14 mars 1872, me conduit à faire une observation essentielle.

Ce serait exagérer, en effet, les conséquences du principe de

velle, suffit-il que cette condamnation intervienne depuis la promulgation de la loi de 1885, ou bien faut-il que le délit, pour lequel elle est prononcée, soit postérieur à cette époque? C'est dans ce dernier sens que la jurisprudence a jugé la question, par application du principe de la non-rétroactivité. Voy. notamment : Cass., 14 avril 1883 (S. 85.1.401); 19 et 20 juin 1885 (S. 86.1.45). *b*) La loi du 26 mars 1891 a créé un cas de récidive correctionnelle qui n'était pas puni avant elle : celui où la première condamnation qui sert de premier élément à la récidive correctionnelle n'excède pas un an de prison. Il a donc été décidé que le condamné à moins d'un an de prison, s'il a commis un second délit avant la date de la promulgation de la loi du 26 mars 1891, ne peut pas être déclaré récidiviste, bien qu'il ait été condamné depuis ; Paris, 21 avril 1891 (S. 91.2.133). Mais que décider si la condamnation à moins d'un an de prison, étant antérieure au 26 mars 1891, le second délit a été commis depuis cette époque dans les conditions exigées par la loi, c'est-à-dire dans le délai de cinq ans et avec la similitude pres-

la non-rétroactivité de la loi pénale que de prétendre maintenir, sous l'empire d'une loi nouvelle qui le défend, un *état de fait* qui était licite sous l'empire de la loi ancienne qui le tolérait. La non-rétroactivité de la loi nouvelle s'oppose seulement à ce que les faits antérieurs à sa promulgation soient l'objet d'une poursuite[3].

II. Une loi, récemment promulguée, peut être moins sévère que la loi qu'elle remplace; elle peut supprimer une incrimination, adoucir une peine, admettre une excuse péremptoire, déclarer l'action publique irrecevable. L'hypothèse a été fréquente depuis le Code pénal de 1810, car les peines ont toujours été depuis lors en s'atténuant. Les exemples de lois plus douces sont nombreux. On peut citer la loi de révision du 28 avril 1832, abolissant la peine de mort dans neuf cas, celle du 31 mai 1854, supprimant la mort civile, celle du 13 mai 1863, déclassant un certain nombre de crimes, celle du 18 mai 1885 qui a reconnu et validé les marchés à terme, même sur les fonds publics, et abrogé les articles du Code pénal qui les punissaient. Les poursuites sont-elles restées possibles, depuis ces lois, pour faits antérieurs? ou si la peine a été seulement adoucie, a-t-on pu appliquer la peine ancienne, plus sévère[4]? Non, certainement, car

[3] Ainsi, l'arrêté du maire défend de placer des bornes sur la voie publique; il s'appliquera aux bornes placées antérieurement à sa publication, si elles sont maintenues depuis : Cass., 30 juin 1836 (S. 36.1.848). Une loi du 9 septembre 1835 défendait d'exposer ou de mettre en vente aucune gravure sans l'autorisation du gouvernement; cette loi s'appliquait aux gravures et lithographies publiées et déposées avant cette loi et qu'on avait persisté à exposer ou mettre en vente depuis : Cass., 12 décembre 1836 (S. 36.1.905). Il a été également jugé que l'interdiction de pêcher, autrement qu'à la ligne flottante, ne comportait pas d'exception au profit du propriétaire d'une pêcherie établie antérieurement au règlement : Cass., 4 août 1871 (S. 72.1.200).

[4] Un certain nombre de Codes étrangers s'en expliquent formellement. Le § 22 du Code pénal allemand, contient la disposition suivante : *En cas de changement dans la loi du moment où l'infraction a été commise, jusqu'à l'époque où le jugement sera rendu, la disposition la plus favorable doit être appliquée.* Une disposition analogue se trouve dans le Code pénal italien de 1889 (art. 2). Le Code pénal belge de 1867, dont l'article 2 reproduit, dans un premier alinéa, l'article 4 du Code pénal français de 1810, ajoute,

si le législateur a supprimé ou adouci la peine attachée à telle action ou à telle inaction, c'est qu'il jugeait cette peine injuste, inutile ou excessive ; or, le droit social de punir a pour fondement tout à la fois la justice et l'utilité : une peine injuste, inutile ou excessive ne peut plus être infligée. D'un autre côté, le principe de la non-rétroactivité des lois a été introduit comme une garantie de la liberté et des droits des particuliers : ce serait le fausser que de le retourner contre ceux dans l'intérêt desquels il a été admis. Il suit de là que les lois criminelles doivent rétroagir toutes les fois que leur application à des faits antérieurs est plus favorable aux inculpés. Cette rétroactivité, qui est la conséquence nécessaire du fondement du droit de punir, et qui doit être admise non *pietatis* mais *justitiæ causa,* si elle n'est pas textuellement formulée par le Code pénal, a été reconnue, à diverses reprises, par le législateur. Voici, par exemple, comment s'exprime le Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (2e partie, titre III, article 4) : « Pour tout fait antérieur à la « publication du présent Code, si le fait est qualifié crime par « les lois actuellement existantes, et qu'il ne le soit pas par les « lois anciennes, l'accusé sera acquitté, sauf à être correction- « nellement puni s'il y échet. Si le fait est qualifié crime par les « lois anciennes et par le présent décret, l'accusé qui aura été « déclaré coupable sera condamné aux peines portées par le « présent Code ». Le Code des délits et des peines est muet, mais un avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII, vint déclarer : « Il est de principe, en matière criminelle, qu'il faut « toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme

« noncée par le nouveau Code pénal était moins forte que celle « prononcée par le Code ancien, les cours et tribunaux appliquer- « ront les peines du nouveau Code ». Sans examiner si ce décret, qui dérogeait à l'article 2 du Code civil et à l'article 4 du Code pénal, n'était pas inconstitutionnel, il résulte de ces documents que le sentiment manifesté par le législateur, à toutes les époques, a été d'apporter une exception à la non-rétroactivité des lois pénales[4]. Aussi la jurisprudence a toujours pris pour base de ses décisions, en cette matière, que de deux lois, l'une antérieure, l'autre postérieure à l'infraction, c'est la plus douce qui doit être appliquée[5].

III. Le conflit peut s'établir entre trois lois successivement applicables. Il faut alors combiner les deux règles de la non-rétroactivité et de la rétroactivité des lois pénales, suivant qu'elles sont plus sévères ou plus douces, et donner au procès la solution la plus favorable à l'inculpé. Ainsi, un individu, ayant commis l'infraction sous l'empire de la première loi, et mis en jugement sous l'empire de la troisième, profitera de la seconde, quoiqu'elle soit abrogée, si elle est moins sé-

[4] Les Codes de justice militaire de 1857 (art. 276) et de 1858 (art. 376) ont écrit textuellement cette règle dans leurs dispositions. Il en est de même de la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés (art. 15). En doctrine, la question ne fait aucun doute. Cfr. notamment : Chauveau et Hélie, t. I, n° 27; Bertauld, p. 71; Blanche, t. I, n° 28; Faustin Hélie, *Prat. crim.*, t. II, n° 85; Villey, *op. cit.*, p. 63; Ch. Beudant, *op. cit.*, n° 138. L'art. 3 du projet de révision du Code pénal déclare que : « Si la peine établie au moment du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera seule appliquée ».

[5] V. notamment, Cass., 24 septembre 1868 (D. 69.1.312), les arrêts et les autorités cités en note : Cass., 2 août 1873 (D. 73.1.385); Bourges, 24 novembre 1881 (S. 82.2.84 et 94). Des applications de ce principe ont été faites en matière de récidive depuis les modifications apportées aux conditions anciennes de la récidive correctionnelle des art. 57 et 58 du Code pénal par la loi du 26 mars 1891. C'est ainsi que cette loi, exigeant deux conditions nouvelles favorables aux récidivistes, la similitude des délits et la rechute dans les cinq ans qui suivent la condamnation, il a été jugé que le condamné qui était dans les conditions de la récidive ancienne avant la loi du 26 mars 1891, doit, s'il est jugé après cette époque, bénéficier du nouveau régime. Paris, 9 avril 1891 (S. 91.2.128); Paris, 21 avril 1891 (S. 91.2.133).

vère que celle qui est en vigueur au moment du jugement[6].

134. Ces principes soulèvent une double difficulté d'application.

a) De deux lois, successivement promulguées dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'infraction et le jugement, laquelle considérer comme la plus douce? Comment apprécier le plus ou moins de sévérité de deux lois? La question sera facile à résoudre dans cinq hypothèses : 1° la loi nouvelle fait disparaître une infraction ou la déclare non punissable, à raison soit de la qualité de l'agent, soit du lieu où elle a été commise; elle admet une excuse péremptoire; 2° elle substitue une peine correctionnelle à une peine criminelle[7]; 3° elle substitue une peine criminelle à une autre peine criminelle, appartenant à la même échelle de peines, et occupant, sur cette échelle, un rang inférieur à la peine qui était encourue; 4° elle substitue la peine de l'amende à la peine de l'emprisonnement. Dans ces hypothèses, le Code nous indique, par son organisation pénale, que la loi nouvelle est plus douce, et qu'elle doit s'appliquer, même

[6] Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans deux espèces intéressantes : *a*) Un individu était accusé d'avoir commis divers vols avec violence et autres circonstances aggravantes, puni de mort d'après la législation pontificale : bientôt après, le Code pénal français de 1791 fut mis en vigueur en Italie; enfin, le Code pénal de 1810 lui fut substitué : le premier punissait ces crimes de la peine des travaux forcés à temps; le second, des travaux forcés à perpétuité. La Cour suprême jugea qu'on devait faire application de la législation de 1791. Cass., 9, 15 juillet et 3 septembre 1813 (D. J. G., v° *Peine*, n° 1147). *b*) L'annexion de la Savoie à la France a donné lieu à une nouvelle application de la règle. On la trouvera rapportée dans MOLINIER, *op. cit.*, p. 227 (C. d'assises de la Haute-Savoie, 19 déc.

aux faits antérieurement commis. On peut penser, sans doute, dans ces divers cas, qu'une peine qualifiée *criminelle* est moins sévère qu'une peine correctionnelle, soit à raison de sa durée, soit à raison de son régime (Bannissement, par exemple, ou Déportation). Mais cette appréciation individuelle ne peut prévaloir contre l'appréciation légale, c'est-à-dire le classement des peines que le législateur a cru devoir faire. 5° Il en est de même lorsque le concours s'établit entre deux lois prononçant des peines de même nature, mais de durée différente : leur gravité se détermine par leur durée; la loi nouvelle est plus douce si la peine prononcée est plus courte. 6° Mais supposons que les deux lois infligent des peines de même *nature,* les travaux forcés, par exemple, qui ne diffèrent l'une de l'autre que par le *minimum* et le *maximum ;* ainsi, un crime était punissable, au moment où il a été commis, des travaux forcés à temps, dont le *minimum* est de cinq ans, le *maximum* de vingt; une loi, promulguée avant qu'il soit jugé, fixe le *maximum* à vingt-quatre ans et le *minimum* à quatre ans. Il n'est pas possible de combiner les deux lois, car le juge ferait une loi mixte; il faut nécessairement choisir entre l'application de l'une ou celle de l'autre[8]. A notre avis, la loi ancienne étant plus douce, puisque la peine, prononcée d'après ses dispositions, ne peut, en aucun cas, dépasser vingt ans, sera seule applicable[9]. Pour déterminer la loi la plus douce, on doit donc s'attacher au *maximum* qui est prononcé par les deux lois, sans s'occuper du *minimum*[10]. 7° Supposons que les deux lois modifient, en

[8] Le système, d'après lequel le juge doit combiner les deux lois, appliquer celle qui établit le *minimum* le moins élevé, sans pouvoir excéder le *maximum* édicté par l'autre, a été plaidé par Dalloz aîné, devant la Cour de cassation, lors d'un arrêt du 1er février 1833. La Cour suprême n'a pas eu à examiner la question (D. 33.1.161). Mais cette opinion scinde les deux lois et en détruit ainsi l'économie. V. cependant , Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 33. La réfutation de ce système a été très bien présentée par Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 22. Sur la question, on lira une note de Villey sous Cass., 14 avril 1882 (S. 85.1.401).

[9] En sens contraire cependant : D. J. G., *Lois*, n° 372; Blanche, t. I, n° 33.

[10] Comp. : Tribunal correctionnel de Pont-l'Évêque, 1er août 1832, sous

même temps que la peine, *la qualification des faits*, en punissant, par exemple, d'une peine politique, un crime puni jusque-là d'une peine de droit commun, ou réciproquement; quelle loi appliquera-t-on? Celle qui prononcera la peine la moins élevée dans l'échelle générale des peines criminelles. Les articles 6 et 7 du Code pénal énumèrent, en effet, *toutes les peines criminelles, dans leur ordre de gravité,* sans distinguer entre les peines politiques et les peines de droit commun. Il y a, dans cette fixation, une présomption légale qui s'impose aux juges et qui les dispense de tout autre examen[11].

b) Une autre difficulté peut se présenter dans l'hypothèse où les deux lois, successivement promulguées, ont des dispositions diverses, les unes plus favorables, les autres plus défavorables au prévenu. Ainsi, la loi, applicable au jour de l'infraction, prononçait une simple amende contre le délit; mais, elle autorisait le cumul de cette peine pour chaque infraction et elle ne permettait pas au juge de faire bénéficier le prévenu d'une déclaration de circonstances atténuantes. Une loi nouvelle est promulguée : elle punit le délit d'un emprisonnement, mais lui applique la règle du non-cumul des peines; de plus, elle autorise, au profit du prévenu, une déclaration de circonstances atténuantes. Que décider dans ce cas? Le juge devra appliquer la pénalité ancienne, puisqu'elle est plus douce que la pénalité nouvelle; mais il devra faire, en même temps, bénéficier le prévenu des dispositions relatives aux circonstances atténuantes et au non-cumul des peines. Sera-ce créer une loi mixte? Nullement : il ne s'agit pas, en effet, de combiner deux lois pour former une pénalité qui ne serait ni celle de la loi ancienne ni

dispositions, aux bénéfices cumulés desquelles le prévenu a un droit acquis[12].

135. *Cas où il est intervenu un jugement non définitif.* — Si avant la promulgation de la loi nouvelle, il est intervenu un jugement qui n'est pas encore irrévocable, parce qu'il est susceptible de voies de recours : appel, opposition, pourvoi en cassation, il y a lieu de déterminer quelle législation doit être appliquée sur le recours formé. Il est certain que la loi, qui réduit ou supprime une peine existante, exerce son influence sur les *faits non jugés,* et même sur les *condamnations,* prononcées sous l'empire de la loi antérieure, mais encore *susceptibles d'être réformées.* Si donc, la condamnation est frappée d'*appel,* le tribunal d'appel doit acquitter, quand la peine est supprimée par la loi nouvelle, ou adoucir la condamnation, quand la peine est simplement réduite. Lorsque la loi nouvelle, qui modifie la peine dans un sens favorable au condamné, intervient après un *pourvoi en cassation,* la Cour de cassation doit *annuler* l'arrêt, sans prononcer de renvoi, si le fait a cessé d'être punissable, ou bien, *en rejetant le pourvoi,* renvoyer devant le tribunal répressif pour appliquer au condamné la peine édictée par la loi nouvelle si la peine est simplement réduite. Ces points ne peuvent faire aucun doute[13].

[12] Sur la question, on lira une note de M. Villey, sous Cass., 14 avril 1883 (S. 85.1.401). C'est ainsi que, parmi les dispositions de la loi du 26 mars 1891, les unes rétroagissent (les institutions du sursis, les conditions du délai et de spécialité exigées pour la récidive), les autres ne rétroagissent pas (l'institution de la petite récidive).

[13] Une loi du 25 prairial an VIII, punissant de peines correctionnelles divers faits qui, auparavant, étaient considérés comme crimes, contenait, dans son article 13, une disposition ainsi conçue : *Quant aux jugements rendus par les tribunaux criminels et contre lesquels il y a pourvoi, si le Tribunal de cassation les confirme, il renverra l'affaire devant lesdits tribunaux pour appliquer aux condamnés la peine mentionnée en la présente...* Cette disposition, qui n'est reproduite par aucun texte de la législation postérieure, doit être considérée comme contenant l'expression d'un principe général, applicable à tous les changements de législations. Tel est notamment l'avis de : Haus, t. I, nos 186, 196, 198; Blanche, t. I, no 28; Trébutien, t. I, p. 83; Morin, *Répert.*, vo *Effet rétroactif*, no 6. Si donc la peine est simplement diminuée, la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, renverra devant le

[illegible] *jugement définitif.* — Mais [illegible] réduit une peine, profite-t-elle [illegible] *condamnés* sous l'empire de [illegible] amnistie ou grâce partielle? En un [illegible] influence sur les affaires terminées? [illegible] car, si le ministère public doit faire [illegible] passés en force de chose jugée, si aucun [illegible] paralyser l'effet des condamnations pé- [illegible] que, lorsqu'une loi nouvelle supprime [illegible] est juste que cette mesure profite aux [illegible] irrévocablement condamnées sous l'empire [illegible] peine que le pouvoir social juge inutile [illegible] plus recevoir d'application. On doit donc [illegible] loi nouvelle ne profite pas, *de plein droit,* aux [illegible] du devoir du législateur de leur appliquer,

[illegible] pour appliquer au condamné la peine édictée par la [illegible] la peine est supprimée, une difficulté de procédure surgit. [illegible] de casser une décision de justice, régulièrement ren- [illegible] une juste application des lois pénales existantes [illegible] condamnation a été prononcée? Les art. 407 et s. C. instr. cr., [illegible] un arrêt, rendu en dernier ressort, pour violation [illegible] pas au moment où l'arrêt est intervenu? En présence [illegible] un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1863 (S. 64. [illegible] a déclaré, — contrairement à l'opinion que nous soute- [illegible] postérieure à l'arrêt sans influence sur le sort du pourvoi. Cet [illegible] contenait une véritable erreur, puisque le principe de la rétroactivité des lois plus douces doit exercer son influence tant qu'il n'est pas intervenu un jugement définitif. Aussi la Cour de cassation n'a pas maintenu sa juris- [illegible] décide, aujourd'hui, que la loi nouvelle doit profiter au con-

par une disposition transitoire, le bénéfice de ses prescriptions[14]. Nous trouvons, dans l'histoire de nos Codes, plusieurs exemples de dispositions législatives prises dans ce but. Je n'en cite qu'un, parce qu'il est saillant. Le Code pénal de 1791 avait supprimé les peines perpétuelles; cette suppression transforma-t-elle, de plein droit, les peines perpétuelles, prononcées sous l'empire de la législation antérieure, en peines temporaires? Le législateur ne le pensa pas, car, pour faire participer les individus condamnés, au bénéfice de la loi nouvelle, l'article 5 du décret du 5 septembre 1792 ordonna qu'à l'avenir (c'est-à-dire du jour de la promulgation du décret et non du jour de la promulgation du Code pénal de 1791), la perpétuité des galères et des prisons cesserait pour tous ceux qui auraient pu y être condamnés avant le Code pénal de 1791[15]. Si le législateur a oublié de prendre

[14] Des auteurs ont cependant soutenu que la loi nouvelle devait produire ses effets sur la condamnation devenue définitive. Comp., dans ce sens : Blondeau, Sir., *Coll. anc.*, 1809.2.277; Valette, *sur Proudhon*, *État des personnes*, t. I, p. 36. « Il faut adoucir le jugement de condamnation, dit ce dernier auteur, ou le réputer non avenu, conformément à la loi nouvelle. Pourquoi appliquer une peine dont l'inutilité a été reconnue »? Sans doute, mais reste à savoir si, en l'absence d'une disposition légale transitoire, le ministère public a le pouvoir de s'abstenir de faire exécuter la condamnation ou d'en modifier l'exécution. L'opinion de ces auteurs n'a pas et ne pouvait pas triompher. — L'article 2 du Code pénal italien fait une distinction : il applique la loi nouvelle aux jugements antérieurs, lorsque cette loi supprime l'incrimination du fait qui a donné lieu à la condamnation. Au contraire, il laisse subsister le jugement sans le modifier, lorsque la loi nouvelle se borne à abaisser la pénalité. Mais le décret du 1er décembre 1887 sur l'application du nouveau Code a réglementé l'exécution des condamnations antérieures à des peines supprimées par ce Code, en leur substituant, par analogie, des peines nouvelles (art. 36 à 41). Le Code pénal portugais du 16 septembre 1886 contient des règles analogues dans son article 6. Au contraire, la loi pour l'exécution du Code pénal hollandais, en date du 15 avril 1886, consacre le principe de l'autorité de la chose jugée. Voy. également sur le projet du Code pénal espagnol : E. Lehr, *Rev. de droit intern. et de légis. comp.*, 1885, p. 563.

[15] L'article 6 de la loi du 31 mai 1854, qui supprime la mort civile, nous fournit un autre exemple, en disposant que : « *Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des condamnés actuellement morts civilement...* ». — La loi du 29 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en ma-

une de ces mesures transitoires, il est du devoir du chef de l'État, par l'exercice du *droit de grâce*, de faire profiter des suppressions ou des réductions de peines, prononcées par la loi nouvelle, les individus condamnés avant sa promulgation. De sorte que le principe de justice, qui proscrit une peine inutile, recevra son application, soit en vertu d'une disposition transitoire de la loi nouvelle, soit en vertu d'un décret de grâce du chef de l'État. Mais si l'intervention du pouvoir législatif ou celle du pouvoir exécutif ne s'est pas produite, les magistrats du ministère public devront, malgré la promulgation de la loi nouvelle, assurer l'exécution de la condamnation devenue irrévocable, car la loi ne rétroagit jamais, de plein droit, pour anéantir ou modifier la chose jugée[15].

137. Cette solution nous amène à l'examen d'une difficulté spéciale qui ne peut se résoudre que par la combinaison des diverses règles que nous venons d'examiner. Il s'agit des lois qui modifient l'exécution des peines : quelle influence peuvent-elles avoir soit sur les jugements à rendre, soit sur les condamnations prononcées? Deux situations sont, en effet, à prévoir. Dans la première, on peut supposer que l'affaire n'est pas jugée.

faire civile, et elle a réglementé à nouveau les conditions dans lesquelles cette mesure d'exécution pourrait être prononcée en matière pénale; elle déclare, dans son article 19 : « *Les dispositions précédentes applicables à tous jugements et cas de contrainte par corps antérieurs à la présente loi* ». Ce texte général et absolu ne comporte aucune distinction entre les jugements irrévocables passés en force de chose jugée, ou susceptibles d'être attaqués par une voie quelconque. — La loi du 27 mai 1885, qui a remplacé la surveillance de la haute police par l'interdiction administrative de séjour,

Ainsi, une loi nouvelle décide que la réclusion se subira désormais sous le régime cellulaire : quelle sera la situation de ceux qui seront condamnés à la réclusion pour faits antérieurs à la date du jour où cette loi sera devenue exécutoire? Dans la seconde, la loi intervient après un jugement définitif : c'est un individu condamné à la réclusion auquel on prétend appliquer une loi nouvelle qui substitue l'emprisonnement cellulaire à l'emprisonnement. Quelle que soit la situation, notre solution s'inspire du même principe : si la loi nouvelle change la *nature* de la peine, en changeant son mode d'exécution, elle ne peut s'appliquer aux faits antérieurement commis, que si elle est plus favorable aux prévenus ou aux condamnés; si elle ne change que le *mode d'exécution* de la peine, sans changer sa nature, elle doit s'appliquer aux prévenus comme aux condamnés.

Ces solutions ont été consacrées, et par l'article 8 de la loi du 8 juin 1850 *sur la déportation,* qui n'applique la loi nouvelle qu'aux faits postérieurs à sa promulgation, parce qu'elle change la nature de la peine qui s'exécutait jusque-là par une *détention* et non par une *déportation,* et par l'article 7 qui décide, au contraire, que, « dans les cas où les lieux établis viendraient à être changés par la loi, les déportés seraient transférés des anciens lieux de déportation dans les nouveaux », parce que cette mesure modifie l'exécution de la peine de la déportation, sans en modifier la nature[17]. En effet, les droits acquis sont bien in-

[17] Nous devons conclure de ce dernier texte, que la loi du 23 mars 1872, qui désigne de nouveaux lieux de déportation, est applicable aux prévenus ou aux condamnés pour faits antérieurs. La loi du 23 janvier 1874, sur la surveillance de la haute police (aujourd'hui supprimée par la loi du 27 mai 1885), s'appliquait aussi rétroactivement; car, ses dispositions ne changeaient que l'exécution de la peine, sans en modifier la nature. La loi du 16 juin 1875, sur le régime des prisons départementales, a dû s'appliquer également aux condamnés pour faits antérieurs à sa promulgation, car, en substituant l'emprisonnement cellulaire à l'emprisonnement en commun, comme mode d'exécution de l'emprisonnement correctionnel d'un an et un jour et au-dessous, la loi accorde une réduction du quart aux condamnés qui subissent leurs peines sous ce régime art. 2). Mais la loi du 25 décembre 1880, sur la répression des crimes commis dans l'intérieur des prisons, ne peut être appliquée aux faits commis antérieurement à sa promulgation, car, en

dépendants des lois à venir; mais le *mode d'exécution* d'une peine ne saurait constituer un droit acquis, il reste dans le domaine de la loi. Toute la question est donc de savoir si la mesure qui a été prise par la loi nouvelle constitue un simple mode d'exécution de la même peine ou ne consiste pas plutôt dans la substitution d'une nature de peine à une autre nature de peine. En pareil cas, du reste, le législateur qui a le droit d'imprimer un caractère rétroactif à la disposition qu'il croit devoir édicter, peut s'en expliquer formellement. C'est ce qu'il a fait dans la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Cette loi, modifiant l'article 15 du Code pénal, supprime les bagnes et décide que la peine des travaux forcés sera subie désormais dans des établissements créés par décret sur le territoire d'une ou plusieurs possessions françaises autres que l'Algérie. « Les dispositions de la présente loi, dit l'article 15..., sont applicables aux condamnations antérieurement prononcées et aux crimes antérieurement commis ». A défaut de ce texte, on n'aurait pu donner, je crois, d'application rétroactive à la loi, puisque, sous prétexte de changer le mode d'exécution, on changeait, en réalité, la nature de la peine des travaux forcés.

§ XIV. — DU CONFLIT DES LOIS ANCIENNES ET DES LOIS NOUVELLES EN CE QUI CONCERNE L'ORGANISATION JUDICIAIRE, LA COMPÉTENCE ET LA PROCÉDURE

138. Les lois de forme sont rétroactives. — **139.** Il en est ainsi des lois qui modifient l'organisation judiciaire et la compétence. — **140.** Et des lois qui modifient la procédure.

138. Une infraction a été commise; avant qu'elle soit définitivement jugée, une loi modifie l'*organisation* ou la *compétence* des juridictions qui devaient en connaître, ou la *procédure* à suivre dans l'instruction, la poursuite ou le jugement :

modifiant l'exécution de la peine, elle aggrave la situation de l'accusé et n'a été faite que pour l'aggraver. Cour d'assises de la Seine, 27 décembre 1880 (S. 81.2.73).

appliquera-t-on, à cette infraction, la loi nouvelle ou la loi ancienne? Si le but de la loi pénale est de donner une sanction au droit, en punissant celui qui l'a violé, le but de la procédure pénale est d'assurer la complète manifestation de la vérité judiciaire, en protégeant, par les formalités dont elle entoure la poursuite, l'instruction et le jugement, l'intérêt de l'accusation et l'intérêt de la défense; il ne faut pas qu'un coupable évite le châtiment, mais il ne faut pas non plus qu'un innocent soit condamné, tel est l'objet des lois de forme, en matière pénale. Si un changement se produit dans l'organisation des juridictions pénales, leur compétence et leur procédure, ce changement est présumé devoir amener une application plus *exacte* et plus *équitable* des lois pénales. Or, que peut légitimement demander l'accusé? que la loi lui donne les moyens de faire reconnaître son innocence. Qui détermine ces moyens, et organise les meilleurs procédés pour arriver à ce résultat? le pouvoir social, par l'organe du législateur. Les lois de procédure doivent donc, d'après leur nature, s'appliquer, du jour de leur promulgation, à toutes les poursuites, quelle que soit la date de l'infraction.

Peut-on argumenter, pour écarter cette solution, du silence du Code pénal et du Code d'instruction criminelle sur ce point? Mais nos Codes sont également muets pour donner un effet rétroactif aux lois pénales qui suppriment ou adoucissent une peine, et cependant cette rétroactivité n'a jamais fait de doute. La rétroactivité des lois de forme n'est pas écrite dans nos Codes, mais elle résulte des principes et, bien loin qu'une disposition de nos lois y fasse obstacle, à diverses reprises même, des lois spéciales ont reconnu cette rétroactivité et l'ont appliquée aux infractions antérieurement commises[1].

Peut-on prétendre que l'accusé ait un droit acquis à invoquer les garanties qui résultent pour lui des formes établies, dans son intérêt, par la législation contemporaine du temps de l'infraction? Mais l'accusé a seulement le droit de manifester son inno-

§ XIV. [1] D. 8 octobre 1789; L. 18 pluviôse an IX, art. 30; D. 25-28 février 1852, art. 2.

cence, et c'est à la loi seule qu'il appartient de déterminer les juridictions devant lesquelles il fera valoir ses moyens de défense et la marche à suivre dans ce but. De sorte qu'en contestant au pouvoir social la faculté de modifier l'organisation des juridictions et les formes de procédure, par des lois, obligatoires du jour de leur promulgation, on entraverait, « dans sa sphère, l'exercice de la souveraineté[2] ».

La rétroactivité des lois de forme me paraît donc incontestable, et je l'étends, soit aux lois qui modifient la *procédure*, soit à celles qui changent l'*organisation judiciaire* ou la *compétence* des autorités qui concourent à la répression.

139. En ce qui concerne l'organisation judiciaire et la compétence, le changement apporté par la loi nouvelle peut être plus ou moins profond.

a) Il peut se faire d'abord que cette loi se borne à transporter la compétence d'une juridiction à une autre, du tribunal correctionnel, par exemple, à la cour d'assises, ou de la cour d'assises au tribunal correctionnel : quel sera, dans ce cas, le tribunal compétent? C'est surtout à propos des procès de presse que la question a été agitée. La connaissance en a été attribuée, tantôt aux tribunaux correctionnels, tantôt aux cours d'assises. Lors de chaque changement survenu à cet égard, la question s'est posée dans les mêmes termes. Un délit de diffamation contre un fonctionnaire public se produit. Entre l'accomplissement du fait et le jugement, la loi change l'ordre des juridictions. Faut-il saisir la juridiction qui était compétente d'après la loi en vigueur lors de l'accomplissement du fait, ou la loi qui est compétente d'après la loi en vigueur lors des poursuites? Au-

en cette matière, il ne saurait y avoir de droits acquis[3]. La seconde, au contraire, considérant que les juges naturels du prévenu sont ceux qui fonctionnent au moment de la perpétration du délit, applique le principe de la non-rétroactivité aux lois modificatives de la compétence[4]. A côté de ces systèmes absolus, viennent se placer deux systèmes intermédiaires. D'après le premier, lorsqu'une juridiction a été complètement *saisie* et qu'une loi survient qui change la compétence, le procès doit suivre son cours là où il a été commencé, et la loi nouvelle est inapplicable[5].

[3] Cfr. Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 35; Trébutien, t. I, p. 84.

[4] Chauveau et Hélie, qui avaient soutenu cette opinion dans la première édition de leur *Théorie du Code pénal* (t. I, p. 44 et suiv.), ont émis, dans les éditions nouvelles, sur l'exactitude de leur première doctrine, des doutes qui équivalent à un abandon. V. leur 5e éd., n° 34.

[5] Merlin, qui, le premier, a développé ce système (*Répertoire*, v° *Compétence*, n° 31), l'a soutenu, devant la Cour de cassation, dans la célèbre affaire Cadoudal (4 messidor an XII). Il s'appuie surtout sur le brocard, qu'il considère comme un principe de raison : *Ubi acceptum judicium, ibi et finem accipere debet.* Comp., également : Bertauld, p. 179, qui cite, dans le même sens, une circulaire du garde des sceaux Delangle, du 30 mai 1863. Voici à quelle occasion était intervenue cette circulaire. Une loi, — celle du 30 mai 1863, — correctionnalisait un crime; avant sa promulgation, des inculpés avaient été renvoyés devant la cour d'assises par un arrêt de la chambre d'accusation, passé en force de chose jugée : la cour d'assises devait-elle être saisie? L'affirmative était énoncée dans la circulaire précitée. Cfr., dans le même sens : Mailher de Chassat, *Rétroactivité des lois*, t. II, p. 240. *Contra :* Blanche, t. I, n° 38. Mais l'arrêt ne saisit le juge qu'à la condition qu'il sera compétent. La compétence défaillant, l'arrêt demeure sans puissance. Sur la question générale de rétroactivité des lois de compétence, on peut répondre à M. Bertauld par l'argument qu'il donne lui-même pour justifier l'application rétroactive des lois de forme : « De deux choses l'une : ou les accusés sont innocents, ou ils sont coupables. Sont-ils innocents? La loi nouvelle doit être présumée offrir à l'innocence toutes les garanties dont elle peut avoir besoin pour triompher; car, sans cette présomption, la loi nouvelle serait illégitime, à l'égard même des faits postérieurs à sa promulgation. Les accusés sont-ils coupables? On ne conçoit guère que le coupable puisse avoir un droit acquis contre la société à une loi vicieuse qui lui permettrait d'échapper à la répression ». Aussi, le système que je combats n'a jamais eu de succès devant les tribunaux. V., par exemple : Cass., 12 sept. 1856 (S. 57.1.76). Mais il a de puissants appuis dans la doctrine : Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 30, p. 62; Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. I, § 147, p. 635.

D'après le second, au contraire, les lois de compétence régissent, dès leur promulgation, les procès nés comme les procès à naître, et doivent être appliquées aux délits antérieurement poursuivis, quel que soit l'état de la procédure, à moins qu'il ne soit intervenu, *sur le fond, un jugement en premier ressort*. Ce tempérament, auquel je me rallie, est nécessaire, si l'on ne veut pas que la rétroactivité des lois de compétence lèse des droits véritablement acquis. En effet, imposer au prévenu, *acquitté* par un jugement frappé d'appel, l'obligation de subir un nouveau jugement devant une juridiction toute différente, qui pourra rendre une décision contraire; ou bien priver le prévenu, *condamné* en première instance, et qui a interjeté appel, du droit de se justifier devant la juridiction compétente au moment de l'appel, ce serait revenir sur le passé pour le changer au préjudice de droits acquis. La rétroactivité des lois de compétence doit nécessairement fléchir quand elle rencontre un jugement rendu sur le fond même de la poursuite[5]. Ce jugement constitue un préjugé sur la question qui

[5] *Sic*, MERLIN, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, n° 16; MANGIN, *De l'instruct. écrite*, t. II, n° 177, p. 386; CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 5e éd., n° 34; VILLEY, p. 65. Conformément à cette distinction, la loi du 26 mai 1819 (art. 30) et celle du 8 octobre 1830 (art. 8), n'avaient attribué aux cours d'assises que les délits de presse *qui ne seraient pas encore jugés*. Bien que ces dispositions légales aient depuis longtemps été abrogées, leur autorité doctrinale a survécu et les règles qu'elles avaient sanctionnées n'ont jamais cessé d'être appliquées. Ainsi, ce tempérament à la rétroactivité des lois de compétence a été admis par la Cour de cassation dans l'espèce suivante : un délit de presse avait été jugé par le tribunal correctionnel de

n'est plus entière. Il y a alors une décision qui ne peut être considérée comme non avenue tant qu'elle n'a pas été régulièrement réformée ou annulée. Mais sous cette réserve, les lois d'organisation et de compétence sont, dès qu'elles paraissent, applicables à tous les procès criminels qui surgissent, fût-ce à l'occasion de faits remontant à une date antérieure à celle où la loi est devenue obligatoire. C'est qu'en effet, l'organisation des pouvoirs publics reste constamment dans le domaine de la loi; nul ne saurait exciper d'un droit acquis à ce que les pouvoirs publics soient constitués ou organisés d'une manière ou d'une autre[7].

b) Il peut se faire que le tribunal, compétent au moment du délit, ait été supprimé par la loi nouvelle : ce tribunal perd, sans aucun doute, le droit de juger, quel que soit l'état de la procédure engagée devant lui au moment où la loi devient obli-

nion d'après laquelle les lois de compétence ne peuvent dessaisir les anciennes juridictions des procès régulièrement commencés devant ces juridictions : *De la rétroactivité des lois de compétence* (*Rev. crit.*, 1872-1873, p. 513 à 547). Mais la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence dans un arrêt du 18 février 1882, rendu contrairement aux conclusions du procureur général Bertauld (S. 82.1.185), et la note. Voy., sur la question, les observations remarquables de M. le procureur général Naquet, à propos d'un arrêt d'Aix du 18 février 1886 (S. 86.2.569). Le savant magistrat constate que la jurisprudence paraît fixée dans le sens de l'opinion développée au texte. On lira avec intérêt la note de M. Glasson, D. 87.2.97, sur le même arrêt.

[7] Un fait législatif est venu confirmer la jurisprudence et la rendre inattaquable. La constitution du 4 novembre 1848 (art. 91) constituait une Haute-Cour de justice pour juger les crimes commis contre la sûreté de l'État. Précédemment, compétence à cet égard appartenait aux cours d'assises. Or, six mois avant la mise en vigueur de la constitution, l'attentat du 15 mai s'était produit. Les auteurs de cet acte n'étaient pas encore jugés au moment de la mise en vigueur de la constitution. Devaient-ils être renvoyés devant la cour d'assises ou devant la Haute-Cour? C'était la question même de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois d'organisation judiciaire et de compétence. D'après l'article 91 de la constitution, la Chambre elle-même prononçait la mise en accusation : c'était donc à elle de résoudre la question. Après discussion, la loi du 22 janvier 1849 renvoya les accusés devant la Haute-Cour, approuvant ainsi la jurisprudence suivie par la Cour de cassation.

gatoire. Un tribunal supprimé n'existe plus en tant que tribunal, et il faudrait, pour le faire survivre à lui-même, une disposition formelle de la loi nouvelle[8]. A défaut de cela, il y a, dans la loi même qui l'abolit, un obstacle insurmontable à ce qu'il continue de juger[9].

140. S'il n'y a pas de droit acquis à être jugé par telle juridiction ou par telle autre, à plus forte raison n'y a-t-il pas droit acquis à être jugé dans telle forme plutôt que dans telle autre. D'où il suit que les lois qui règlent la procédure et l'instruction des affaires criminelles sont applicables, dès qu'elles sont publiées, à toutes les instances qui s'ouvrent ou se poursuivent, fussent-elles relatives à des faits qui se sont produits avant la promulgation de la loi nouvelle. Aucun texte général ne consacre cette règle, mais il existe des précédents assez nombreux qui la confirment[10].

§ XV. — DU CONFLIT DES LOIS ANCIENNES ET DES LOIS NOUVELLES EN CE QUI CONCERNE LA PRESCRIPTION PÉNALE

141. Divers systèmes sur la question.

141. La prescription pénale est un moyen de se libérer, par l'effet d'un certain laps de temps, ou de l'*action* qui naît de l'infraction ou de l'*action* qui naît de la condamnation. On en distingue, par conséquent, de deux espèces : celle de l'*action publique* et celle de la *peine ;* mais l'une et l'autre ont une raison d'être commune : l'*oubli présumé* de l'infraction commise

ou les *conditions* de la prescription de l'action ou de la peine; il s'agit de savoir si cette loi s'applique aux infractions antérieurement commises, ou aux condamnations déjà prononcées, dont la prescription n'est pas acquise. La distinction, consacrée par la jurisprudence, entre les lois de *forme*, qui sont rétroactives, et les lois de *fond* qui le sont ou ne le sont pas, suivant leur nature ne peut nous permettre de résoudre la difficulté; car, les lois sur la prescription pénale n'ont pas de caractère bien tranché. Quand on les examine superficiellement, elles paraissent rentrer dans la catégorie des lois de *forme :* ne règlent-elles pas, en effet, un point de procédure, en statuant sur une des conditions de la poursuite d'une infraction ou de l'exécution d'une condamnation? N'est-ce pas, du reste, dans le Code d'instruction criminelle (art. 635 à 643), que le législateur s'est occupé de la prescription? Mais, après réflexion, il est difficile de considérer, comme des lois de pure forme, celles qui déterminent une des conditions essentielles de l'infraction ou de la peine. Aussi, la doctrine est-elle divisée sur la solution de la question qui nous occupe : on peut compter jusqu'à quatre opinions : deux *extrêmes*, appliquant toujours, l'une la loi ancienne, l'autre la loi nouvelle; et deux *intermédiaires*, appliquant, l'une la loi la plus favorable au prévenu ou au condamné; l'autre, les deux lois, en proportion du temps de prescription, qui a couru sous chacune d'elles[1].

I. Certains appliquent *toujours la loi contemporaine du temps de l'infraction ou de la condamnation*. C'est ainsi, dit-on, que l'article 2281 du Code civil résout, en principe, le conflit entre les lois anciennes et les lois nouvelles sur la prescription. Cet article contient, en effet, deux dispositions : la première s'inspire de la règle que « les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre (le titre XX du livre III) seront réglées *conformément aux lois anciennes* » ; il est vrai que la seconde disposition restreint ce principe et déclare que si, sur le temps déterminé par la loi ancienne, il reste encore

§ XV. [1] Cfr. Faustin Hélie, t. I, n° 1058; Brun de Villeret, *Traité de la prescription*, n° 100; Blanche, t. I, n° 14.

plus de trente ans à courir depuis la promulgation de la loi nouvelle, trente années, calculées sous l'empire de la loi nouvelle, suffiront pour compléter la prescription[2]. Mais il s'agit là d'une restriction favorable et qui avait besoin d'être formellement exprimée. Ce qu'il faut retenir, c'est le principe. — Ce premier argument n'est qu'un argument d'*analogie;* il ne peut avoir d'autre valeur, car l'article 2264 du Code civil dit que : « les règles de la prescription sur d'autres objets que *ceux mentionnés dans le présent titre* sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». — Mais on complète cet argument en faisant remarquer que l'individu, qui a commis une infraction ou qui a subi une condamnation sous l'empire d'une loi, ne s'est préoccupé que de cette loi et n'a compté qu'avec elle; c'est également en se référant aux dispositions de cette loi, que le ministère public a calculé le temps qui lui était donné pour poursuivre l'infraction ou pour faire exécuter la condamnation. En appliquant la loi ancienne, si donc on n'améliore pas la situation des parties intéressées, on ne l'aggrave pas non plus : on la respecte. Mais ce raisonnement, excellent pour justifier le principe de l'article 2281 dans son application aux matières civiles, a peu de valeur quand on le transporte en matière pénale. La prescription, ici, est une institution d'ordre public et non d'intérêt privé : nul ne doit rappeler le souvenir d'un fait ou d'une condamnation que le législateur veut tenir pour oublié. Voilà l'idée essentielle dont il faut toujours s'inspirer.

L'application de la loi abrogée pourrait, du reste, amener des contradictions singulières, si la prescription ancienne était plus longue que la prescription nouvelle : par exemple, un individu

qui réduit le délai de la prescription à cinq ans. Si le système que nous venons d'exposer était appliqué, le ministère public pourrait poursuivre ce meurtre, accompli sous l'empire de la loi ancienne, alors qu'un fait, postérieur de trois années peut-être, commis depuis la promulgation de la loi nouvelle, ne pourrait être poursuivi. C'est précisément pour éviter cette conséquence contradictoire que l'article 2281 restreint, dans son § 2, le principe qu'il pose.

II. Dans une autre opinion, la *loi nouvelle,* modifiant la durée ou les conditions de la prescription, *doit s'appliquer aux infractions déjà commises ou aux condamnations déjà prononcées au moment de sa promulgation*[1]. La prescription pénale n'est pas fondée sur l'intérêt du coupable, mais sur l'intérêt de la société; or, la loi nouvelle, par cela seul qu'elle modifie la législation antérieure, doit être présumée meilleure que la loi qu'elle remplace et son application plus conforme à l'intérêt social; la rétroactivité des lois criminelles s'impose donc comme un principe *rationnel.* Si nous l'avons écartée en ce qui concerne les lois qui créent des délits ou aggravent des peines, c'est qu'il importait de respecter les principes de justice qui s'opposent à ce qu'on prive un individu d'un droit acquis : or, ni le prévenu ou le condamné, ni le ministère public ne peuvent se plaindre qu'on fasse rétroagir la loi nouvelle qui modifie la durée ou les conditions de la prescription. — A quel titre, en effet, se plaindrait le prévenu ou l'accusé de voir la durée de la prescription augmentée ou d'en voir les conditions aggravées par la loi nouvelle? Le prévenu ou le condamné n'avait pas de droits acquis, car le fait d'avoir échappé jusque-là à la poursuite ou à la condamnation ne lui donnait pas le droit d'y échapper toujours. — A quel titre se plaindrait le ministère public si la durée de la prescription est diminuée ou si les conditions en sont adoucies par la loi nouvelle, puisque le ministère public représente la société, parle et agit en son nom, et que c'est précisément dans l'intérêt social que la durée ou les conditions de la prescription ont été modifiées? une seule personne pour-

[1] *Sic*, Bertauld, *op. cit.*, p. 187 et suiv.; Villey, *op. cit.*, p. 64.

rait se plaindre : la *victime de l'infraction.* On sait, en effet, que la loi française solidarise, au point de vue de la durée de la prescription, l'action publique et l'action civile; le même laps de temps, qui empêche le ministère public d'agir au point de vue de la *répression,* empêche la partie lésée d'agir au point de vue de la *réparation.* Or, dans le cas où la loi nouvelle abrège la durée de la prescription, cette loi, par sa rétroactivité même, pourra éteindre instantanément l'action de la partie lésée, en sorte que la victime de l'infraction se trouvera privée de son action en dommages-intérêts, alors qu'elle pouvait légitimement compter sur un certain temps pour l'exercer en vertu de la législation précédemment en vigueur[4]. Ce résultat ne lèse-t-il pas un droit acquis? Sans dissimuler la gravité de l'objection, on a cherché à l'atténuer : 1° En solidarisant la prescription de l'action publique et celle de l'action civile, le législateur, dit-on, s'est préoccupé de l'intérêt de la société et non de l'intérêt privé. Cela est si vrai, que l'action en dommages-intérêts, naissant d'un délit pénal, dure bien moins longtemps que l'action naissant d'un simple délit civil. Or, la loi qui abrège la durée de la prescription est-elle réputée plus conforme à l'intérêt social? Si oui, — ce qui n'est pas douteux, — la victime de l'infraction doit sacrifier son intérêt individuel à l'intérêt général[5]. 2° Cette objection subsiste, du reste, dans le système qui est le plus ordinairement soutenu et qu'adopte aujourd'hui la jurisprudence.

III. Merlin a proposé un système intermédiaire, d'abord suivi par la Cour de cassation[6], et qui consiste, dans le passage d'une législation à une autre, *à régler successivement la prescription par l'une et par l'autre loi :* on suppute le temps qui a couru sous l'empire de la première loi et sous celui de la seconde, on fait ainsi une règle de proportion dont le résultat sert à décider si la prescription est acquise ou non au prévenu. Ce système

[4] L'objection est bien mise en lumière par Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions,* t. II, n° 631.

[5] Comp. sur ce point : Villey, *De la durée de l'action civile après l'extinction de l'action publique* (*Rev. crit.,* 1875, p. 85).

[6] Merlin, *Rép.,* v° *Prescription,* sect. I, § 3, n° 12. Ce système fut celui de la jurisprudence de l'an XI à 1808.

est ingénieux; mais il ne s'appuie sur aucun principe, il serait donc nécessaire qu'il se trouvât formulé par un texte de droit positif pour être admissible. Or, les textes font défaut; tout au plus pourrait-on invoquer, en faveur de cette opinion, aujourd'hui abandonnée, un argument d'analogie tiré de l'art. 2266 du C. civ. Mais il est dangereux, comme l'a fait trop souvent Merlin, de transporter dans les matières pénales les règles du droit civil.

IV. Dans le système qui paraît prévaloir en jurisprudence[7], on traite les lois sur la prescription comme les lois pénales proprement dites, et *on applique, dans tous les cas, la loi la plus favorable au délinquant.* Par ses résultats, la prescription équivaut à une *amnistie* ou à une *grâce*. Elle procure l'impunité aux coupables parce que le temps qui s'est écoulé depuis le délit ou depuis la condamnation rend inutile l'exercice du droit de punir. Par ce côté, qui tient à leur nature, les lois sur la prescription appartiennent aux *lois de fond* et doivent s'appliquer, dès leur promulgation, aux infractions non jugées comme aux condamnations non exécutées. Mais si la loi ancienne est plus favorable, la loi nouvelle ne saurait avoir d'effet rétroactif au détriment d'une situation qui était acquise et qui doit rester acquise à l'inculpé ou au condamné[8].

[7] *Sic*, Cass., 25 nov. 1830 (S. 31.1.392). Cet arrêt vise l'ensemble des dispositions du décret du 23 juillet 1810. Dans ce sens : Mangin, *Act. publ.*, t. II, n° 295; Hélie, *Prat. crim.*, t. II, n° 15; Laborde, *op. cit.*, n° 75.

[8] Dans ma première édition, j'avais combattu le système de la jurisprudence, par cette considération qu'il ne tenait pas compte de la nature de la prescription pénale dont les règles n'ont pas été organisées dans l'intérêt du prévenu ou du condamné, mais dans l'intérêt de la société. Je reconnais que cette objection n'a pas grande portée, car les lois qui organisent les infractions et les peines n'ont également en vue que l'intérêt de la société : cependant, on tient compte de l'intérêt de l'inculpé pour leur donner ou leur refuser un effet rétroactif.

CHAPITRE II

DE L'APPLICATION DES LOIS CRIMINELLES PAR RAPPORT AUX LIEUX ET AUX PERSONNES QU'ELLES RÉGISSENT

§ XVI. — POSITION DE LA QUESTION [1]

142. Divers systèmes. Territorialité et personnalité des lois pénales.

142. En supposant un Code pénal déterminé, le nôtre, par exemple, sur quelles *personnes* et sur quel *territoire* a-t-il autorité? On conçoit, *a priori,* quatre systèmes de législations : 1° D'après le premier, la loi pénale ne serait et ne pourrait être que *territoriale;* elle s'appliquerait donc à toute personne habitant le territoire, quelle que fût sa nationalité; mais ne s'appliquerait à personne hors du territoire : c'est, de tous les systèmes théoriques et pratiques sur cette question, le plus simple et, peut-être, le plus rationnel; mais ce n'est pas le premier en date, car, avant d'être territorial, le concept de la souveraineté est purement personnel; 2° D'après le second, la loi pénale serait *personnelle;* elle s'appliquerait à tous les nationaux, en

§ XVI. [1] BIBLIOGRAPHIE : BARD, *Précis de droit international* (1883); Pasquale FIORE, *Traité de droit pénal international,* trad. Charles ANTOINE (2 vol., 1880); RENAULT, *Étude sur les dispositions pénales des diverses législations relatives à la répression des crimes commis hors du territoire* (*Bull. de la société de légis. comp.,* 1880, p. 384-411 ; 420-423); VALETTE, *Mélange,* t. III, p. 295-309; Ch. BROCHER, *Étude sur les conflits de législation en matière de droit pénal* (*Rev. du droit international,* 1875, p. 23-57); GODDYN et MAHYELS, *Le droit criminel belge au point de vue international* (Paris et Bruxelles, 1880); DELOUME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle* (Paris, 1882); VILLEFORT, *Des crimes et des délits commis à l'étranger* (1855); BAR, *Inter. Privat und Strafrecht* (1862); SCHIATARELLA, *Dei reati commessi all' estero* (Florence, 1880). La question a été traitée avec un rare mérite par THONISSEN, dans son rapport à la Chambre des députés de Belgique sur le *titre préliminaire du Code procédure pénale,* voté en 1878.

quelque lieu que l'infraction eût été commise, mais ne s'appliquerait qu'aux nationaux, même sur le territoire; 3° D'après le troisième, la loi pénale aurait un caractère mixte : *territoriale*, elle s'appliquerait à toute personne sur le territoire; *personnelle*, elle s'appliquerait à certains individus commettant un délit, même en pays étranger; 4° Enfin, d'après le dernier, à l'ubiquité du délit correspondrait l'ubiquité de la loi et de la répression, et le coupable trouverait, en tout lieu, le juge et la peine, sans distinction de nationalité et de territoire. De ces quatre systèmes, il en est deux, le second et le quatrième, qui ne sont consacrés par aucune des législations actuellement en vigueur. D'un côté, on admet, dans tous pays, comme une conséquence nécessaire de la souveraineté, que les délits commis sur le territoire d'une nation sont soumis à l'empire absolu de la loi pénale, qui est appliquée indistinctement aussi bien dans le cas où l'auteur du délit est un national, que dans celui où il est un étranger[2]. D'un autre côté, s'il peut être question d'internationaliser la répression, à une époque où les grands malfaiteurs deviennent de plus en plus cosmopolites, comme les différences entre les diverses législations et les divers régimes pénitentiaires sont encore grandes, même en Europe, il est difficile de considérer la maxime *ubi te invenero ibi te judicabo*, comme destinée à être réalisée bientôt par les législations positives. Aussi, le choix est restreint entre le premier et le troisième système. Doit-on admettre que tout fait délictueux quelconque, commis hors des frontières, échappe, de plein droit, à l'action de la loi pénale[3]? ou bien que la loi pénale peut être

[2] Nous verrons, du reste, plus tard, que, dans les pays de l'Extrême-Orient, le souverain territorial a concédé à certaines nations européennes le droit de juger leurs nationaux.

[3] Ce système cosmopolite serait la réalisation de la parole que l'Écriture Sainte met dans la bouche de Caïn, le premier meurtrier, s'adressant à Dieu, après son crime (Genèse, IV, 13 et 14) : *Ecce ejicis me hodie a facie terræ et a facie tuâ abscondar, et ero vagus et profugus in terra; omnis igitur qui invenerit me occidet me.* Pour internationaliser la répression, on invoque la solidarité des nations et la fraternité des peuples. C'est là un concept généreux et séduisant, mais qui suppose une égalité de civilisation et une unité de législation dont nous sommes encore bien éloignés. A cette école se rat-

applicable aux individus qui sont venus résider sur le territoire, après avoir auparavant commis un délit en pays étranger? Avec la diffusion de la civilisation, la facilité des moyens de communication, il ne serait pas suffisamment pourvu à la sûreté publique et à la défense sociale par une législation qui ne réprimerait pas certains actes délictueux commis à l'étranger ; aussi, la plupart des législations se gardent de restreindre d'une façon absolue l'empire de la loi pénale aux limites de l'État[1]. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer les cas dans lesquels on peut donner une autorité extraterritoriale à la loi pénale et les conditions d'application de la loi nationale aux délits commis à l'étranger, alors l'accord cesse d'exister, et chaque législation se laisse plus ou moins dominer par les deux idées opposées de la *personnalité* ou de la *territorialité* de la loi, idées qui ne peuvent servir de critère juridique, car la question de savoir si la loi pénale d'un État peut s'appliquer aux infractions commises sur le territoire d'un autre État doit se résoudre d'après les seuls principes qui justifient la pénalité. Évidemment en règle générale, « nul ne peut être puni pour des faits commis hors du

tachant : Carrara (*Opuscoli*, t. II, p. 25) et le projet de C. p. italien de 1868. Mais tous les autres projets et le Code de 1889 n'ont admis l'exterritorialité que dans certaines limites. Telle est, du reste, l'opinion dominante, à l'étranger comme en France. Du reste, à mesure que les législations pénales et les régimes pénitentiaires se rapprocheront et s'orienteront vers le même but, la question de l'étendue d'application de la loi pénale de chaque État perdra progressivement son importance.

[1] En Angleterre, le principe général est toujours que la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis sur le sol britannique : *Criminal Code Bill*, pro-

territoire », mais toutes les fois qu'il est de l'intérêt de l'ordre public national de réprimer un fait commis à l'extérieur, aucun obstacle ne s'oppose à l'extension de l'autorité de la loi pénale au dehors.

Du reste, le problème que nous posons n'a trait qu'à l'autorité des lois françaises ; dans le domaine de la répression, nous n'aurons pas à nous préoccuper de l'autorité des lois étrangères en France. En d'autres termes, la question de nationalité, si importante pour déterminer quelles sont les lois civiles applicables, si ce sont les lois françaises ou les lois étrangères, ne se pose même pas en matière pénale : tout individu qui commet un délit sur le territoire français tombe sous le coup de la loi française, comme tout individu qui commet, à l'étranger, un délit punissable en France, est puni d'après la loi française.

§ XVII. — A QUEL TERRITOIRE S'APPLIQUE LA LOI PÉNALE FRANÇAISE

(C. civ., art. 3, § 1.)

143. La loi pénale s'applique à tous ceux qui se trouvent sur le territoire. — **144.** Étendue du territoire. Mer territoriale. Navires. Occupation armée. Pays hors chrétienté. — **145.** Des conditions requises pour considérer une infraction comme commise sur le territoire. — **146.** Conséquences de la territorialité de la loi pénale.

143. La loi pénale française, étant l'expression de la souveraineté française, s'applique, dans toute l'étendue du territoire où s'exerce cette souveraineté[1], aux *Français,* comme aux *étran-*

§ XVII.[1] Il y a deux idées liées, celle de *souveraineté* et celle de *territoire.* Un des éléments indispensables à l'existence de l'État c'est le territoire. Il n'y a pas d'État sans territoire. Or, c'est précisément le territoire qui constitue la commune mesure des souverainetés intérieures des États. Dans cette étendue du territoire, chaque État exercera, sans partage, son autorité et point au delà. « Le territoire, dit Heffter, avec tout ce qu'il renferme ou ce qui s'y passe, est soumis à la juridiction de l'État. *Quidquid est in territorio est etiam de territorio.* La vérité de cet axiome ne pouvait être contestée qu'à une époque où la souveraineté territoriale n'était pas encore complètement développée. La souveraineté s'arrête aux limites du territoire qu'il ne lui est pas permis de franchir ».

gers : « Les lois de police et de sûreté, *obligent tous ceux qui habitent le territoire* », ou plutôt tous ceux qui se trouvent sur le territoire, ne fût-ce que momentanément, de même qu'elles les *protègent* (C. civ., art. 3, § 1). Quels que soient, en effet, le mode et la forme de son organisation, l'État, dans les limites où s'exerce son action, doit garantir la sécurité de chacun et assurer l'ordre public.

Ainsi, la loi pénale s'applique à tout le territoire français ; elle saisit tous les actes qui s'y commettent, sans acception de personne et sans distinction de nationalité. Mais puisque le territoire est la sphère d'action de la souveraineté pénale, il est indispensable d'en fixer la nature, de savoir de quoi il est fait et quelles en sont les limites. Cette première question résolue, il s'agira de déterminer, au point de vue de la localisation de l'infraction, dans quel cas elle devra être considérée comme commise sur le territoire. Enfin, les conséquences de cette situation devront être déterminées avec précision. Les difficultés qui peuvent surgir au sujet de l'autorité territoriale de la loi pénale se ramènent à l'examen de ces trois questions.

144. *Quelle est l'étendue du territoire?* — La notion juridique du territoire ne comprend pas seulement l'espace continu, dans les limites de l'État[2], mais aussi les autres lieux où la *souveraineté* exerce son autorité, sa juridiction, c'est-à-dire : 1° la mer territoriale; 2° les navires; 3° les lieux occupés en dehors des frontières, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, par nos armées; 4° les pays hors chrétienté, où les consuls ont juridiction en matière pénale.

I. On sait que, malgré les prétentions contraires de certaines nations maritimes, s'il est un principe reconnu par le droit international, c'est celui de la *communauté* et, par conséquent, de la *liberté* de la mer[3]. La mer est libre et commune à tous les

[2] Nous n'avons pas, comme dans certains pays, notamment comme en Allemagne et en Suisse, à distinguer le *territoire fédéral* et le *territoire de chaque État*, les lois fédérales et les lois de chaque État.

[3] Comp. : Arthur Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, t. I, n° 5. C'est le grand principe proclamé par Grotius (*mare liberum*), par opposition au principe contraire (*mare clausum*).

peuples : 1° parce qu'il est impossible à aucun peuple de faire constamment acte de souveraineté sur elle; 2° et que, par sa destination même, la mer est la grande route de communication entre les nations, route qui doit toujours être libre pour être toujours ouverte. Ce double motif nous explique les restrictions que reçoit le principe de la liberté des mers. Il est, en effet, une portion de la mer qui, suivant les usages internationaux, est soumise à la *juridiction* des pays riverains, dans la mesure jugée nécessaire pour le droit de défense et le droit de punir[4]. Cette portion de la mer, comprise entre la ligne des côtes et une ligne fictive tracée à une certaine distance parallèlement aux côtes, porte le nom de *mer territoriale*. Elle s'étend aussi loin que la mer peut être dominée par des moyens d'action établis sur le rivage. La limite qui la sépare de la haute mer est donc déterminée par la plus forte portée du canon des côtes (*Potestas terræ finitur, ubi finitur, armorum vis*). Mais comme la portée des canons varie, cette précision relative est insuffisante et, pour lever toute incertitude, il faut déterminer une distance fixe, qui puisse être considérée comme la partie extrême d'un canon établi sur le rivage. Cette distance a été évaluée, au XVIIIe siècle, à trois milles marins[5], et bien qu'avec la portée de l'artillerie actuelle, cette distance soit devenue tout à fait insuffisante, la *ligne de respect* ou ligne idéale, qui marque

[4] Comp. : L. Renault, *De l'exercice de la juridiction d'un État dans la mer territoriale* (*Rev. de droit international privé*, 1879, p. 238); Desjardins, *op. cit.*, t. I, n° 6; T. Ortolan, *Diplomatie de la mer*, t. I, p. 175; Le Sellyer, *Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux répressifs*, t. II, p. 285, et toutes les autorités que cite ce dernier auteur; Warton, *Des eaux territoriales et de la zone maritime* (*Journ. de droit inter. privé*, 1886, p. 72). Voir également, sur la question en général : *Journ. de droit inter. privé*, 1875, p. 38; 1877, p. 161; 1879, p. 235. On peut se demander quelle est la nature du droit de l'État sur la mer territoriale? Est-ce seulement un droit de souveraineté comprenant la juridiction et l'empire, ou bien un véritable droit de propriété? Voy. en sens divers : Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public*, t. II, p. 158, n° 623; Heffter, *Droit international de l'Europe*, § 75, p. 171. La question est sans grand intérêt pratique.

[5] Le mille marin vaut 1.852 mètres. Trois milles marins représentent donc une distance de 5.556 mètres, sort environ 5 kilomètres 1/2.

la mer territoriale, se trouve toujours virtuellement à trois milles marins des côtes[6].

II. Mais la juridiction pénale de l'État riverain peut-elle s'exercer à bord des navires étrangers, mouillés dans les eaux de la mer territoriale? On sait que les navires sont traités comme une dépendance du territoire de la nation à laquelle ils appartiennent : ce qui a pour conséquence de placer les passagers et les matelots sous la juridiction pénale de cette nation. Ce principe, qui est réciproque dans les rapports internationaux, ne s'applique, du reste, qu'avec une distinction essentielle.

1° Le navire est-il en pleine mer? rien ne s'oppose, puisqu'il vogue sur la mer commune à tous, à ce qu'il soit réputé, par une sorte de fiction, faire partie intégrante du territoire de la nation dont il porte le pavillon[7]. C'est donc d'après la loi pénale de cette nation que les délits commis à bord seront réprimés, quelle que soit la nationalité du coupable ou de la victime, et quelle que soit la nature de l'infraction. Les délits qui se commettent à bord, soit qu'ils constituent des infractions aux lois maritimes (*délits maritimes*), soit qu'ils constituent des infractions aux lois ordinaires (*délits de droit commun*), sont donc réputés commis sur le territoire national.

2° Le navire est-il mouillé dans un port étranger? ou bien dans les eaux de la mer territoriale? Alors, un conflit est de nature à s'élever entre la souveraineté de la nation à laquelle appartient le navire et la souveraineté de la nation sur le territoire de laquelle il se trouve. C'est le droit international qui règle ce conflit, par une distinction essentielle entre les navires de guerre et les navires de commerce. Les navires de guerre sont

des forteresses flottantes : ils portent, « dans leur sein, une partie de la puissance publique de l'État auquel ils appartiennent ». Ces organismes, hommes et choses, sont donc affectés, dans leur ensemble, en dehors de tout intérêt privé, au service public d'un État et constituent, comme tels, une fraction de la force publique de cet État. Ils ne peuvent être soumis à une souveraineté étrangère que s'ils font acte d'hostilité[8] ; entre les nations qui sont des égales, comme entre les individus, c'est le *droit de défense* et non le *droit de punir* qui existe[9]. Les navires de commerce, représentant, sans doute, une propriété privée, mais couverts par leur pavillon national, restent soumis à leur loi, quant à leur régime intérieur, mais relèvent du pays dans les eaux duquel ils se trouvent, dans une mesure qui varie suivant les coutumes ou les lois de chaque pays. Tandis que l'Angleterre applique aujourd'hui, dans toute sa rigueur, le principe que la mer territoriale est une partie du territoire et que toute infraction qui y est commise relève de la juridiction anglaise[10], la France conserve seulement son droit de juridiction : 1° quand l'infraction a été commise à bord, par une

[8] Si le capitaine du navire de guerre abuse de ses prérogatives, par exemple, pour protéger des révoltés, il fait acte d'hostilité. Affaire du *Carlo Alberto* : Cass., 7 septembre 1832 (S. 32.2.596). Voy. IMBART-LATOUR, *op. cit.*, p. 288.

[9] Comp., cependant, le réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation, rapporté avec l'arrêt du 29 février 1868 (S. 68.1.351). Cet arrêt décide, — ce qui n'est pas contestable, — que les tribunaux français sont compétents pour connaître des délits commis *à terre*, envers des Français, par les marins d'un bâtiment de guerre étranger se trouvant dans un port français. Mais le réquisitoire paraît aller plus loin, en quoi il pourrait bien être dans l'erreur. Voy. les détails sur cette affaire de la corvette anglaise *Pearl*, dans PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.*, t. V, p. 466, note 1.

[10] C'est une loi du 16 août 1878 qui règle aujourd'hui, en Angleterre, « le jugement des délits commis en mer à une certaine distance des côtes des possessions de sa majesté ». Il est décidé, dans l'article 2, qu'« une infraction (*offense*) commise par un individu, sujet ou non de sa majesté, tombe sous la juridiction de l'amiral, quand même elle aurait été commise à bord d'un navire étranger ou au moyen d'un navire étranger ». C'est un fait particulier, l'affaire du navire allemand *Franconia*, qui a été l'origine de cette loi (V. pour le texte : *Annuaire de législation étrangère*, 1879, p. 69).

personne ou contre une personne ne faisant pas partie de l'équipage; 2° quand l'infraction, ayant été commise à bord par une personne ou contre une personne faisant partie de l'équipage, la tranquillité du port en a été compromise; 3° quand le secours de l'autorité locale est réclamé[11]. En accordant, dans ces sages limites, l'*exterritorialité* aux navires étrangers, la France réclame des autres puissances la réciprocité en faveur des navires français.

III. Une armée expéditionnaire, dans un pays étranger, est un démembrement de l'État auquel elle appartient; elle se trouve sur ce territoire pour affirmer sa nationalité et les volontés de cet État. Dans ces conditions, elle n'a pas à recourir à une justice étrangère pour juger les infractions qui s'y commettent. Il en résulte que le territoire occupé, en dehors des frontières, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, par l'armée française, est réputé, au point de vue de l'application de la loi pénale, territoire français. Une distinction doit, du reste, être faite entre deux hypothèses : 1° Lorsque l'armée française traverse ou occupe un pays neutre ou allié, du consentement du gouvernement de ce pays, la compétence des juridictions militaires françaises, en dehors de toute convention spéciale portant sur ce point, est naturellement restreinte aux militaires et aux personnes attachées à l'armée. 2° Mais, si l'occupation a lieu sur le pied de guerre, leur compétence et leur action s'étendent, non seulement sur les militaires et employés de l'armée, mais encore sur tous les habitants, et les infractions qui se commettent sont jugées par application des lois pénales françaises[12].

IV. C'est un principe du droit public moderne que, sur le territoire d'un État, les autorités, relevant du gouvernement de cet État, ont seules le droit de commander et de juger. Cette sorte d'*exterritorialité*, si fréquente au moyen âge, en vertu de laquelle les consuls étrangers agissaient, au nom du gouvernement qu'ils représentaient, comme s'ils étaient sur le territoire de ce dernier, est donc repoussée par les lois modernes. Cependant le droit de *police* et le droit de *juridiction* sur les nationaux, qui étaient autrefois les attributs naturels des consuls à l'étranger, leur ont été maintenus dans certains pays, que l'on désigne sous le nom général de *pays hors chrétienté*. Ce sont : d'abord les États indépendants de la côte d'Afrique et de l'Orient, savoir : le Maroc, l'Empire ottoman avec ses annexes, l'Égypte[13] et la Bulgarie, la Perse et l'Imanat de Mascate ; puis,

arrêts. Du reste, la compétence des justices militaires françaises s'étendrait, dans tous les cas, quels que soient le caractère de l'occupation et la nationalité du coupable, aux attaques individuelles dirigées contre les hommes qui composent le corps expéditionnaire. Cfr. : *De la juridiction des armées d'occupation en matière de délits commis par les étrangers contre les militaires* (*Journ. de droit intern. privé*, 1882, p. 511). Cet article a été écrit à l'occasion de certains faits individuels de violence, dont les soldats de l'armée d'occupation de la Tunisie avaient été victimes.

[13] Cependant, on sait que la juridiction des consuls, à l'égard des Français établis ou de passage en Égypte, est moins étendue depuis la loi du 17 déc. 1875, qui autorisait le gouvernement français à restreindre provisoirement cette juridiction pendant un temps qui ne pouvait excéder cinq ans. On trouvera les documents diplomatiques relatifs à cette réforme dans le *Journal officiel* des 7, 8 et 9 déc. 1875 ; le rapport, dans celui du 18 déc. et la loi, dans celui du 25. Comp. les intéressants travaux de MM. Jozon et Renault sur la réforme judiciaire en Égypte et l'organisation des tribunaux mixtes : *Bull. de la soc. de légis. comp.*, 1875, p. 255 et suiv. ; 1877, p. 468 et suiv. ; et un article de M. Charles Lavallée, sur le même sujet (*Revue des Deux-Mondes*, février 1875). On consultera également avec fruit la brochure suivante qui contient un intéressant historique de la question : S. Genton, *De la juridiction française dans les Échelles du Levant*, Lyon, 1873. V. également Ch. Brocher, *Journ. de dr. intern. privé*, 1881, p. 183. La réforme judiciaire égyptienne n'a été acceptée par les Puissances qu'à titre provisoire (Voy. notamment pour la France, protocole du 10 nov. 1874 et loi du 17 déc. 1875). Mais elle a été partout successivement prorogée. La dernière prorogation quinquennale pour la France date du mois de février 1894. Comp. Laget, *Essai sur la condition juridique des Français en Égypte*.

les États indépendants de l'Extrême-Orient, qui sont le Siam, la Chine et le Japon. Cette situation anormale, qui apporte au principe de la souveraineté territoriale une dérogation si grave, s'explique par un double motif : les différences profondes de mœurs et d'institutions qui existent entre ces pays et les nôtres; la confusion, dans ces pays, du droit et de la religion qui ne permet pas d'appliquer aux étrangers une législation devant essentiellement régir les nationaux[14].

Mais cette situation même soulève une double question. Dans quelle mesure le droit de police et le droit de juridiction appartiennent-ils aux consuls français dans les pays hors chrétienté? Comment les consuls exercent-ils ces droits? Pour résoudre la première question, il faut étudier les *actes internationaux* qui ont établi cette situation, déterminer l'étendue des concessions faites par le souverain territorial, les modifications que parfois y apporte l'usage[15]. Pour résoudre la seconde, il suffit d'étudier la *législation nationale*. En effet, par cela même qu'un souverain renonce au droit de juger les Français qui se trouvent sur

[14] Il s'agit, au fond, des mêmes causes qui ont amené toujours, dans un état donné de civilisation, le régime de la personnalité des lois. Si, à la suite d'invasions et de guerre, il arrive que plusieurs peuples, d'origine, de mœurs et de religion complètement différentes, vivent réunis, sans se confondre, sur le même sol et sous la même domination, l'unification de la législation et de la juridiction n'est pas plus recherchée qu'elle n'est possible et, sous la souveraineté commune, chaque race garde sa loi et ses juges. L'idée de nationalité, partout où elle se développe, lutte contre la notion de la personnalité des lois.

[15] Sur ce point : Pierro, *Étude critique sur la notion d'extraterritorialité*. Paris, 1895 (thèse de doctorat), p. 282 à 361. Les diverses conventions et des

son territoire, il laisse au législateur français la faculté de déterminer la *juridiction*, la *pénalité* et la *procédure* qui seront applicable aux infractions commises par ces Français. Le texte fondamental en cette matière est une loi du 28 mai 1836, *relative à la poursuite et au jugement des contraventions, délits et crimes commis par les Français dans les Échelles du Levant et de Barbarie*, loi successivement étendue aux autres pays où nos consuls ont le droit de juridiction[16]. D'après cette loi, les Français sont jugés par des juridictions françaises. C'est au tribunal consulaire, composé d'ordinaire du consul et de deux assesseurs, choisis parmi les nationaux, qu'appartient la connaissance des délits et des contraventions. La Cour d'Aix est juge d'appel pour tous les tribunaux consulaires siégeant dans le Levant; en outre, pour les affaires criminelles proprement dites, il n'est procédé, par les consuls, en Orient, qu'à des mesures d'instruction. La chambre des mises en accusation de la Cour d'Aix statue, comme dans les cas ordinaires; s'il y a mise en accusation, la chambre des appels de police correctionnelle et la première chambre réunies de la Cour statuent, sans assistance du jury (art. 64). Enfin, la Cour de Saïgon a les mêmes fonctions que la Cour d'Aix, en ce qui concerne les juridictions consulaires de Chine, de Siam et du Japon[17].

[16] En Chine et dans les États de l'iman de Mascate (L. 8 juill. 1852, art. 1, 2 et 13); en Perse et dans le royaume de Siam (L. 18 mai 1858, art. 1 et 2); au Japon (L. 19 mars 1862, art. 1). Ce dernier pays cherche, depuis 1882, à recouvrer son droit de juridiction sur les étrangers. Une conférence internationale, réunie, pour étudier la question, à Tokio, en 1886, n'a pas abouti. Le Japon s'est alors décidé à traiter avec chaque puissance isolément.

[17] Un arrêté du 10 mars 1880 avait institué, près du ministère des affaires étrangères, une commission spéciale chargée de préparer un projet de révision des lois et ordonnances relatives à la juridiction consulaire. L'idée de cette révision avait surgi à propos d'un projet de loi réglant la juridiction des consuls de France dans le royaume de Madagascar (Projets et exposé des motifs dans le *Journ. off.* du 19 mars 1879 . Ce projet ne contenait aucune innovation et ne faisait guère que reproduire les dispositions de la loi du 8 juillet 1852 sur la juridiction des consuls en Chine. La commission de la Chambre des députés fit, à ce projet, diverses objections, qui amenèrent le gouvernement à reconnaître la nécessité d'une révision des lois et règlements constitutifs de la juridiction consulaire dans les pays du Levant et de

Les tribunaux consulaires sont évidemment des tribunaux nationaux dont les décisions sont exécutoires de plein droit sur le territoire de l'État auquel ils appartiennent : il est donc certain, par exemple, qu'ils doivent appliquer la loi française aux Français (L. 28 mai 1836, art. 75). Mais faut-il considérer, comme commise sur le territoire français, toute infraction perpétrée par un Français dans un pays hors chrétienté? La question ne fait aucun doute pour les partisans de la *fiction d'exterritorialité*. Dans les pays hors chrétienté, les Français doivent être considérés comme se trouvant en France; par suite, les faits punissables qu'ils pourraient commettre devront être qualifiés comme s'ils avaient été commis en France. Repousser cette fiction, ce serait organiser, à l'occasion de certains faits qui ne sont punissables que par leur perpétration sur le territoire, l'impunité en faveur des coupables qui échapperaient à la fois aux juridictions locales, dessaisies par les capitulations, et aux juridictions consulaires, incompétentes parce que les faits auraient été commis en pays étrangers [18]. Mais les traités conclus avec le gouvernement

l'Extrême-Orient (V. le rapport de M. Maunoury, dans le *Journ. off.* du 18 février 1880). M. L. Renault, qui faisait partie de la commission, a publié, sur ses travaux, une série d'intéressants articles (*Les réformes de la juridiction des consuls français en Orient*, *La Loi*, nos des 7 et 8 janv. 1881). Comp. Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Échelles du Levant et de Barbarie*, 1866, 2e éd., 2 vol. in-8o.

[18] La jurisprudence paraît admettre qu'un crime, commis dans un pays hors chrétienté, par un Français, est censé commis en France. C'est ainsi qu'un arrêt du 17 nov. 1883 de la chambre d'accusation de la Cour d'Aix déclare qu'il y a lieu à la mise en accusation d'un Français prévenu d'avoir, en

des pays hors chrétienté ne parlent pas d'exterritorialité; ils se bornent à admettre la compétence des consuls étrangers pour les faits commis dans le pays. Il n'y a pas à aller au delà. Car, quels que soient les avantages apparents d'une fiction, on ne peut l'accepter que si elle est imposée par la loi[19].

145. *Quand peut-on dire d'une infraction qu'elle est commise sur le territoire?* — La détermination précise du point de savoir si telle infraction a été ou non commise en territoire français n'a d'importance que dans le cas où les faits, qui ont eu lieu en pays étranger, ne sont pas de la compétence de nos tribunaux ou sont soumis, en ce qui concerne la poursuite et le jugement, à des règles spéciales. Il en est ainsi, comme nous le verrons plus tard, particulièrement en cas de crimes ou de délits commis, au dehors, par des étrangers, soit contre la sûreté ou le crédit d'un autre État, soit contre les particuliers, français ou étrangers. Ces infractions ne sont jamais punissables en France.

Le critère en cette matière ne doit être cherché, ni dans le domicile ou la résidence soit de l'*auteur* soit de la *victime* du délit. Peu importe, en effet, que l'action coupable, commise en France, l'ait été par un individu ou contre un individu n'habitant pas la France au moment où elle a été perpétrée. Ce qu'il importe seulement de savoir, c'est sur quel territoire le délit a été *exécuté*. Or, la question peut offrir quelques difficultés, lorsque l'infraction, présentant un ensemble de faits multiples, quelques-uns de ces faits se sont accomplis sur le territoire français

[19] Cette opinion qui, juridiquement, est préférable, puisque l'exterritorialité n'est qu'une fiction et ne peut s'imposer qu'en vertu d'un texte de loi, est mieux en harmonie avec l'évolution qui s'accomplit dans le régime des capitulations. D'une part, en effet, les pays hors chrétienté adoptent de plus en plus notre civilisation et nos institutions, et les différences qui nous séparent vont en s'atténuant; d'autre part, nous sommes amenés nous-mêmes à protéger l'ordre public étranger, à charge de réciprocité. On peut donc prévoir le moment où la fiction d'exterritorialité, qui a été, à une certaine époque, une heureuse invention des légistes, ne comptera plus de défenseurs. On lira sur cette question : Laget, *op. cit.*, p. 82 et suiv.; Dislère et Moty, *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient et d'Extrême-Orient*, p. 41 et 42; Souchon, en note sous arrêt de la Cour de Lyon du 27 déc. 1892 (S. 95.2.73).

et les autres en dehors. Dans ce cas, deux situations sont possibles : ou bien le délit n'a été commis, en réalité, que sur un territoire ; ou bien il a été commis sur deux ou plusieurs territoires. Mais, pour déterminer dans laquelle de ces deux situations se trouve le délit et quelles en sont les conséquences, il importe de se placer en présence de trois hypothèses.

a) Il n'est certes pas nécessaire, pour faire réputer l'infraction commise sur le territoire français, qu'elle y ait été commencée et entièrement terminée. Sans doute, des actes préparatoires, accomplis, soit en France, soit à l'étranger, ne seraient pas suffisants pour déterminer la compétence des tribunaux français ou des tribunaux étrangers; mais tout fait, constituant un *acte d'exécution*, soit qu'il *commence*, soit qu'il *consomme*, soit même qu'il *continue* cette exécution, fait réputer l'infraction commise sur le territoire où ce fait a eu lieu. En un mot, pour déterminer le *lieu du délit*, il faut considérer les faits qui constituent ce délit, sans se préoccuper des actes simplement préparatoires et des conséquences qui, sans doute, peuvent constituer des délits spéciaux, mais n'entrent pas dans la composition même de l'infraction[20]. Des exemples éclairciront cette idée. Ainsi, le meurtre commis au moyen d'un coup de feu, tiré d'un territoire étranger sur une personne se trouvant en France, ou du territoire français sur une personne se trouvant à l'étranger, doit être, dans les deux cas, considéré comme perpétré en France, parce que le fait d'avoir tiré l'arme, et le fait d'avoir produit l'homicide, sont l'un et l'autre des faits *matériels d'exécution du meurtre*. De même, la publication, en France, d'un écrit diffamatoire contre une personne demeurant à l'étranger,

emprunt, en lui persuadant l'existence d'une fausse entreprise; les fonds sont expédiés par le destinataire de la lettre, de Lyon à Bruxelles : dans ce cas, le délit d'escroquerie doit être réputé commis en France, bien que les manœuvres frauduleuses qui le constituent aient eu leur point de départ à Bruxelles, parce qu'elles ont produit leur effet en France et que c'est bien sur le territoire français qu'un acte d'exécution du délit a eu lieu. Ainsi encore, dans un procès pendant, devant nos tribunaux, entre deux étrangers, habitant à l'étranger, l'un des plaideurs produit une pièce fausse. Qu'importe cette circonstance? le crime n'en a pas moins été commis en France; il a troublé l'ordre public français. Douterait-on qu'il y eut délit de chasse sur le terrain d'autrui, si un chasseur tirait, par dessus la haie séparative de deux héritages, sur une pièce de gibier qui se trouve sur un terrain limitrophe de celui où il a le droit de chasser? On voit, par ces exemples : 1° que lorsqu'un délit a été perpétré par des actes d'exécution multiples, il suffit que l'un de ces actes ait eu lieu dans notre pays pour que l'infraction puisse être considérée comme commise en France; 2° qu'un même délit, bien que simple dans ses éléments constitutifs, peut être, en réalité, commis sur plus d'un territoire et motiver la *compétence territoriale* de plusieurs lois et de plusieurs juridictions pénales; 3° mais que si les faits d'exécution ont été accomplis et achevés en pays étranger, les faits postérieurs, qui ont eu lieu en France, par exemple le recel des objets volés, ou le recel du meurtrier, ne peuvent faire que l'infraction soit considérée comme ayant été commise en France.

Cette dernière conséquence nous amène à présenter une observation essentielle. Lorsque des faits, successivement commis en France et à l'étranger, constituent des infractions distinctes, la compétence territoriale ne s'applique qu'aux faits qui ont eu lieu en France. On ne pourrait donc pas, sous prétexte de *connexité,* y rattacher les faits commis en pays étranger, pour étendre, par ce procédé, l'action de la loi répressive. Ainsi, un meurtre est perpétré en Belgique, par un Belge qui se réfugie en France et qui s'y cache, avec l'aide et l'assistance d'un tiers; sans doute, le fait de recel, ayant eu lieu en France, tombera

sous le coup de l'article 248 du Code pénal. Mais le meurtre, ayant été commis en Belgique, par un étranger, ne pourra être poursuivi en France, bien qu'il soit connexe au fait du recel. La connexité est, sans doute, *attributive de juridiction* (C. instr. cr., art. 226 et 227), mais à la condition que les juridictions du territoire soient compétentes pour connaître de toutes les infractions connexes. Il ne suffirait pas qu'il y ait une relation entre un délit commis à l'étranger et un délit commis en France, pour attribuer aux tribunaux français, à l'égard du premier, une compétence que la loi leur refuse d'ordinaire.

b) Il est possible que l'ensemble des faits qui ont eu lieu, partie sur notre territoire, partie à l'étranger, se rattachent à *un seul et même délit*, mais soient *divisibles* dans leurs éléments et puissent être considérés comme ayant eu lieu en France et à l'étranger. Dans ce cas, la même règle s'appliquera et la compétence territoriale des tribunaux français sera déterminée au moyen du même critère. 1° Ainsi, pour les *délits continus*, tels que la séquestration illégale, le recel de personnes, le port illégal de décorations, délits qui peuvent être exécutés, partie sur le territoire étranger, partie sur le territoire français, l'infraction, ne sera considérée comme commise sur le territoire, que pour la série des actes d'exécution qui y ont eu lieu réellement[21]; 2° Ainsi, encore, pour les *délits qui consistent en une certaine habitude*, si les faits élémentaires de ces délits ont eu lieu, partie à l'étranger, partie en France, les tribunaux français ne devront, en principe, avoir égard qu'à ceux de ces faits qui ont été exécutés en France; 3° Si des actes d'exécution ayant eu lieu en France, le délit est continué à l'étranger, avec des circonstances

et constituent ainsi un *tout indivisible*. Dans ce cas, le juge du lieu où les faits d'exécution du délit ont eu lieu est compétent pour juger tous les faits et toutes les personnes qui s'y rattachent et il faut poser deux règles, sur lesquelles nous revenons plus loin : 1° si le fait a eu lieu en France, tous ceux qui y ont participé hors de notre territoirs, qu'ils soient Français ou étrangers, sont punissables en France, dans les conditions et d'après les règles d'une poursuite exercée contre un délit commis en France; 2° si le fait a eu lieu en pays étranger, les actes de participation commis sur notre territoire, ne sont incriminés en France, quelle que soit la nationalité de l'auteur, que s'ils constituent, par eux-mêmes, des délits *sui generis*.

146. *Quelles sont les conséquences de la territorialité de la loi pénale?* — Le principe, en vertu duquel les lois pénales « *obligent tous ceux qui habitent le territoire* », donne naissance à plusieurs corollaires : *a*) Il ne doit y avoir, sur le territoire, aucun lieu où la force de la loi pénale ne puisse se faire sentir, et il faut regarder, comme une erreur des législations passées, ce privilège d'immunité locale, appelé le *droit d'asile*, qu'il s'agisse de l'asile religieux ou de l'asile international[22]. *b*) Quiconque a enfreint la loi pénale, *sur le territoire français*, est punissable en France. La jurisprudence admet donc, comme conséquence de la territorialité, ces deux règles corrélatives : 1° que lorsqu'un crime ou délit a été commis en France, la compétence de la justice française s'étend à tous les faits de complicité, même s'ils se sont produits en pays étranger[23];

[22] Comp. : Pessina, *op. cit.*, p. 93; de Beaurepaire, *Essai sur l'asile religieux dans l'Empire romain et la Monarchie française* (1855); Mohl, *Die Lehre von Asyl*, 1853; Holtzendorff, *Auslieferung und Asylrecht* (Berlin, 1881).

[23] Quand une infraction a été commise avec le concours de plusieurs personnes, le juge du territoire où le fait principal, l'acte constitutif du crime ou du délit a été exécuté, est-il compétent pour connaître de tous les actes de participation, même de ceux qui ont été commis à l'étranger? Ainsi, un Anglais, habitant Londres, donne à un Français des instructions pour commettre un empoisonnement ou un faux : l'empoisonnement ou le faux est commis en France; cet Anglais peut-il être poursuivi, en France, comme complice? Il faut résoudre la question dans le sens de l'affirmative : les divers actes de participation, formant en effet, un *tout indivisible*, un *seul et*

2° que lorsqu'un crime ou délit commis à l'étranger ne réunit pas les conditions prescrites par l'article 7 du Code d'instruction criminelle pour pouvoir être poursuivi et jugé en France, les faits de complicité de ce délit, même commis en France, ne peuvent être l'objet de poursuites criminelles devant les tribunaux français[24]. *c*) L'infraction commise sur notre territoire, soit par un Français, soit par un étranger, doit être poursuivie, jugée et punie conformément à la loi pénale française, qui ne distingue pas, du reste, quant aux formes de la poursuite et quant à l'application des peines, entre Français et étrangers[25]. La prescription à appliquer aux délits, commis sur

unique délit, commis sur le territoire, tous ceux qui y ont participé peuvent être poursuivis devant les tribunaux français, même pour les actes qui ont eu lieu à l'étranger. *Sic,* Cass., 14 août 1876 (S. 77.1.365); 22 juin 1882 (S. 84.1.208); 24 février 1883 (S. 85.1.95); 13 mars 1891 (S. 91.1.240), et la note; 7 septembre 1893 (S. 94.1.249). Mais je ne crois pas que l'étranger, coauteur ou complice d'un crime, *commis, hors du territoire de la France, par un Français,* puisse être poursuivi en France. La loi française en effet, n'est applicable, en principe, aux étrangers que si le crime est commis en France. Je reconnais, du reste, ce que cette solution a de fâcheux et de contradictoire. Le *complice Français* sera poursuivi en France et l'*auteur principal étranger* ne pourra l'être! Aussi la loi belge du 17 avril 1878, contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale (*Annuaire de législation étrangère,* 1879, p. 443 et suiv.), décide-t-elle expressément, dans l'article 11, que l'étranger, « *coauteur ou complice d'un crime commis hors du territoire du royaume, pourra être poursuivi, en Belgique, conjointement avec le Belge inculpé ou après la condamnation de celui-ci* ». Comp. Haus, t. I, n° 241; Godeyn et Mahiels, *op. cit.*, p. 39. En l'absence d'une disposition semblable, la loi française me paraît désarmée. Voy. cependant : Laborde, *op. cit.*, p. 357.

[24] Comp. Cass., 19 aoûs 1888 (S. 88.1.245). D'après cet arrêt, le délit

notre territoire par un étranger, sera réglée par la loi française; la peine à prononcer sera la peine portée par la loi française, quand même la loi étrangère punirait moins sévèrement le fait, ou même ne le punirait pas du tout. L'étranger, qui aura commis en France une infraction, pourra, comme un Français, être poursuivi et jugé par défaut et par contumace. La juridiction française sera seule compétente pour le juger et, par conséquent, s'il a été poursuivi et jugé, même contradictoirement, en pays étranger, pour cette infraction commise en France, il pourra être poursuivi et jugé en France, à raison du même fait. Le droit de *juridiction* de l'État français, à raison des infractions commises sur son territoire, dérivant de la souveraineté territoriale, ne peut être paralysé, parce qu'un jugement a été rendu, sur le même fait, par un tribunal étranger. Mais, d'un autre côté, la loi ne permet point de traiter l'étranger qui commet une infraction en France avec plus de rigueur que le Français, ni de le priver des garanties qu'elle accorde à ce dernier[25]. *d* En principe, enfin, l'État Français ne peut s'entremettre dans la poursuite des infractions commises hors de son territoire, alors que l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur ce territoire.

§ XVIII. — QUELLES PERSONNES, SUR LE TERRITOIRE, LA LOI FRANÇAISE PEUT ATTEINDRE

L. 16 juil et 1875, art. 12, 13; L. 29 juillet 1881, art. 41.

147. Caractère général et commun de la loi pénale. — **148.** Situation du chef de l'État. — **149.** Des représentants du peuple. — **150.** Situation des agents diplomatiques. — **151.** Des chefs d'États souverains.

147. Quiconque a enfreint, sur notre territoire, la loi pénale française, doit subir les peines portées par cette loi et peut être poursuivi et jugé suivant les formes et par les juridictions qu'elle organise. *L'égalité de tous devant la loi pénale* est un

[25] Sauf, bien entendu, ce que nous disons plus loin, des exceptions relatives à l'expulsion et à l'extradition des étrangers.

2° que lorsqu'un crime ou [illegible] système de l'esclavage
nit pas les conditions pr[illegible] humanité a si longtemps
struction crim[illegible] po[illegible] bien au point de vue des
France, les [illegible] des peines. L'idée nouvelle
France, ne p[illegible] *général* et *commun* à tout
les tribun[illegible] chrétienne. Elle a passé, depuis la
ritoire, s[illegible] dans la législation des peuples civilisés.
poursuiv[illegible] nécessaires y sont cependant apportées:
çaise, [illegible] *droit public intérieur,* soit du *droit inter-*
pouvoi[illegible] personnes ne sont pas pénalement respon-
être [illegible] de certaines infractions qu'elles pour-
[illegible] quoique responsables des délits
[illegible] échappent à la juridiction de nos

[illegible] *pénale* appartient, dans les pays
[illegible] émane la justice. Cette irrespon-
[illegible] constitution de 1791 (art. 2), dans la
[illegible] celle de 1830 (art. 12). Il en
[illegible] républicains. Le chef de l'Etat n'est
[illegible] sa responsabilité restreinte ne peut
[illegible] conditions. En effet, l'indé-
[illegible] dans ses rapports avec l'autorité
[illegible] du gouvernement se trouve-
[illegible] l'Etat devant être poursuivi et jugé,
[illegible] qu'on lui reprocherait,
[illegible] président de la République,
[illegible] *trahison*, crime qui, du
[illegible] *détour*, ne peut être *mis en accusation*

que par la Chambre des députés et *jugé* que par le Sénat, constitué en haute cour de justice (L. du 16 juillet 1875, art. 12)[2].

149. Les *représentants*, dans les pays où le régime représentatif est organisé, ne doivent être ni poursuivis ni recherchés, à l'occasion des opinions et votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette *immunité parlementaire* assure aux mandataires du peuple toute la sécurité et toute la liberté dont ils ont besoin pour l'accomplissement de leur mission; elle donne, du reste, une indépendance complète au pouvoir législatif dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, ces deux branches du pouvoir exécutif. Ce principe de l'immunité parlementaire, reconnu par l'Assemblée con-

posées : 1° on a soutenu que la constitution laissait au Sénat le soin et le pouvoir de déterminer les faits qui constituent le crime de haute trahison et d'en fixer les peines. Mais cette opinion ne tient pas compte du principe fondamental de la légalité des peines; 2° en appliquant cette règle essentielle, on propose de dire que le Sénat ne pourra incriminer un abus de pouvoir du président de la République que s'il rentre dans une des incriminations de la loi pénale et qu'il ne pourra le punir que des peines portées par la loi; 3° enfin, tout en admettant cette manière de voir, d'autres auteurs prétendent qu'en dehors de la responsabilité pénale, la constitution a eu en vue une responsabilité politique qui impliquerait, pour la chambre accusatrice, et pour le Sénat, juge, des pouvoirs qui iraient au delà de la simple application des ois pénales. La déchéance du président de la République serait le dernier terme de cette responsabilité politique et pourrait être prononcée par le Sénat, à la seule charge, pour cette assemblée, de relever des faits constituant une haute trahison. Comp. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 593 à 595. Au mois de janvier 1878, M. Pascal Duprat déposa à la Chambre des députés une proposition de loi déterminant les cas de haute trahison et en fixant les peines : ce projet fut pris en considération, mais n'aboutit pas.

[2] Voy. sur ce sujet : A. E. Lair, *Des hautes cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du président de la République et des ministres*, Paris, 1889. La procédure de cette juridiction n'est pas déterminée par les lois constitutionnelles qui renvoyaient à une loi spéciale (L. 16 juill. 1875, art. 12, § 5 . Cette promesse a été tardivement tenue par la loi du 10 avril 1889. Mais cette loi, votée en vue de poursuites pour attentat contre la sûreté de l'État, ne contient, comme l'indique exactement son titre (*Loi sur la procédure à suivre devant le Sénat pour juger toute personne inculpée d'attentat contre la sûreté de l'État*), que les règles de procédure applicables à cette seule hypothèse.

stituante, sur la motion même de Mirabeau, dans la séance du 23 juin 1789, a passé dans les différentes constitutions[3]. Il est, aujourd'hui, doublement consacré, et par l'article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, aux termes duquel « *aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut être poursuivi à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* », et par l'article 41, § 1 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, qui, reproduisant textuellement l'article 21 de la loi du 17 mai 1819, soustrait, à toute action judiciaire, soit criminelle, soit civile, les « *discours tenus dans le sein de l'une des deux Chambres, ainsi que les rapports ou toutes autres pièces imprimées par ordre de l'une des deux Chambres* ».

L'immunité est donc absolue; c'est la condition de son efficacité. Elle s'applique : 1° aux discours prononcés, soit à la tribune publique, soit au sein des commissions parlementaires; 2° aux rapports et autres pièces imprimés par ordre de l'une des Chambres, c'est-à-dire, non seulement aux pièces destinées aux membres des deux Chambres, mais encore aux pièces dont l'impression est ordonnée dans un but de publicité extérieure[4]. Les

[3] Sur l'origine historique de cette immunité : Esmein, *op. cit.*, p. 729.

[4] Dans un arrêt du 13 janvier 1880 (D. 81.2.189), la Cour de Paris a cependant jugé que l'impression au *Journal officiel* d'une pétition ou d'une protestation dont un député aurait été conduit par la discussion à donner lecture ne saurait conférer à ce document le caractère d'une pièce imprimée par ordre de la Chambre. Le tribunal de la Seine a décidé, au contraire, que les dépositions faites dans une enquête parlementaire et publiées au *Journal officiel*, rentrent dans la catégorie des pièces imprimées par ordre de la Chambre : 12 décembre 1884 (*Gazette des tribunaux*, n° du 13). Il me paraît, en effet, que tout document, communiqué par le questeur au *Journal*

écarts de langage ou d'expression, qui se produisent dans les discours ou dans les documents parlementaires, ne peuvent être réprimés que par des mesures disciplinaires, autorisées par les règlements intérieurs des assemblées législatives[5]; 3° aux pièces lues, soit à la tribune, soit dans une commission; 4° aux votes émis dans quelque occasion et en quelque circonstance que ce soit[6].

150. Le droit international admet que les envoyés des puissances étrangères, compris sous la qualification générique d'*agents diplomatiques,* jouissent, dans toute l'étendue de l'État où ils sont accrédités, d'une double immunité : l'*inviolabilité*

diffamatoires insérées dans une délibération : Tribunal des conflits, 28 décembre 1878 (S. 80.3.188); 13 décembre 1879 (S. 81.3.31). Cfr. Reverchon, *Rev. crit.*, 1867, t. XXX, p. 112; Sanlaville, *La France judiciaire*, t. IV, p. 42. Sur tous ces points, on consultera : J. Poudra et E. Pierre, *Traité pratique de droit parlementaire* (Paris, 1878), nos 156-167; G. Barbier, *Code expliqué de la presse*, t. II, nos 760-778.

[5] L'immunité parlementaire a toujours eu pour corollaire l'immunité des comptes rendus des séances publiques des deux Chambres, faits de bonne foi dans les journaux. C'est l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 qui protège le compte rendu, lorsque, sous une forme quelconque, il reproduit, avec fidélité, la physionomie des séances et des débats qui ont eu lieu. Cfr. Cass., 15 mai 1884 (D. 85.1.328). Quant au compte rendu *infidèle et de mauvaise foi*, que la loi du 25 mars 1822 (art. 7) punissait d'une amende de 1,000 à 6,000 francs, il n'est plus aujourd'hui punissable par cela seul qu'il est entaché des vices d'infidélité et de mauvaise foi, mais il ne jouit d'aucune immunité, et les diffamations ou autres délits qu'il renferme, peuvent être poursuivis conformément au droit commun.

[6] Quels sont les délits pour lesquels la loi constitutionnelle accorde ainsi une sorte de *dispense générale?* Les discours et les pièces lues ou imprimées peuvent contenir une diffamation, des injures, des excitations et provocations à commettre des crimes et délits; ils peuvent contenir aussi l'usage de pièces fausses. Pour les votes pris en eux-mêmes, il est assez difficile de comprendre dans quelles conditions et quelles circonstances ils contiendraient un délit. Mais ces votes peuvent être obtenus par des dons ou des promesses. Si les votes considérés en eux-mêmes échappent à toute poursuite et à toute répression, l'immunité parlementaire ne saurait innocenter les actes antérieurs qui les ont provoqués. En effet, ces actes, en faisant abstraction des votes, suffisent pour constituer les éléments du crime de corruption. *Sic*, Cass., 24 février 1893 (S. 93.1.217), et la note. Comp. Esmein, *Elements de droit const.*, p. 731.

[illegible] traits, dans leur personne et dans [illegible] fonctions, à tout acte de l'autorité [illegible] le titre préliminaire du Code civil [illegible] en ces termes : « Les étrangers [illegible] représentatif de leur nation, en qualité [illegible], d'envoyés, ou quelque autre [illegible] ne seront point traduits, ni en ma- [illegible] criminelle, devant les tribunaux de [illegible] même des étrangers qui composent leur [illegible] leur suite ». Cette disposition a été sup- [illegible] méconnaître le principe qui n'est pas con- [illegible] qu'elle appartenait au droit des gens plutôt [illegible] C'est un hommage à l'*indépendance des* [illegible] de leurs représentants. L'exemption de [illegible] civile ou pénale se justifie, en effet, par une [illegible] : 1° L'agent diplomatique représente, tant [illegible] désavoué, vis-à-vis du gouvernement auprès [illegible] crédité, la nation qui l'envoie : or, de nation à [illegible] le droit de défense et non le droit de punir; [illegible] de l'agent diplomatique est nécessaire pour [illegible] accomplir ses fonctions; si cet agent était justiciable [illegible] français, l'autorité nationale aurait la faculté, [illegible] d'un délit, soit de le poursuivre ou de l'arrêter, [illegible] des visites domiciliaires dans son hôtel; et la [illegible] seule de pareils actes mettrait obstacle à toute mis- [illegible] diplomatique.

[illegible] Dans le but d'expliquer ou de définir ou de préciser ce [illegible], on a cru devoir le rattacher à une fiction en vertu de

Les prérogatives des agents diplomatiques consistent, avons-nous dit, dans l'*inviolabilité* et l'*indépendance* ou *immunité de juridiction*.

a) L'inviolabilité des ministres publics leur procure une situation privilégiée dans le pays où ils exercent leurs fonctions. Ce n'est plus seulement la protection ordinaire accordée par tout État à quiconque vit paisiblement sur son territoire : c'est le droit à la sécurité la plus complète, à la liberté sans restriction, à l'intangibilité de la personne en toute occasion. Deux conséquences corrélatives en résultent. D'abord, les agents diplomatiques sont particulièrement protégés contre toute entreprise des particuliers par une législation spéciale : c'est par application de cette idée que toute atteinte par injure, diffamation ou voie de fait, publiquement commise contre la personne morale ou physique d'un ministre public est sévèrement punie[8]. De plus l'inviolabilité de la personne a pour conséquence, l'inviolabilité collective de tous les objets nécessaires ou utiles à sa fonction. Ce qui implique, pour l'agent diplomatique, la liberté absolue de correspondre avec son gouvernement, en expédiant ou recevant des dépêches, soit par des courriers spéciaux, appelés courriers de cabinet, soit par la poste locale. Ce qui implique encore la franchise de son hôtel, et de ses meubles, malles ou effets.

b) L'indépendance du ministre public, c'est le privilège en vertu duquel il est exempt de la juridiction de l'État auprès duquel il est accrédité. L'immunité s'étend à tous les degrés et à toutes les formes, sans exception, de la juridiction civile et pénale[9].

II. Les motifs qui justifient le double privilège de l'agent diplomatique en déterminent l'étendue :

[8] Voy. art. 37 de la loi du 29 juill. 1881. La juridiction compétente pour connaître « des outrages commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires » n'est plus la cour d'assises, mais le tribunal correctionnel (Loi du 16 mars 1893, modifiant l'art. 45 de la loi du 29 juill. 1881).

[9] Voy. particulièrement pour l'application : Cass., 19 janv. 1891 D. 91. 1.9). Comp. Bonfils, *Manuel de droit international public*, p. 383 à 398.

a) L'inviolabilité et l'indépendance du ministre public sont *absolues,* quelle que soit l'infraction, sans distinction entre les *délits contre les particuliers* et les *délits contre la sûreté de l'État.* Une opinion assez accréditée, qui a été développée dans un mémoire célèbre du duc d'Aiguillon, ministre des affaires étrangères sous Louis XV, tend à soutenir que la juridiction territoriale est compétente pour connaître des attentats dirigés par l'agent diplomatique contre la sûreté de l'État dans lequel il exerce ses fonctions. Mais cette opinion, fausse dans son point de départ, est dangereuse dans ses conséquences ; elle doit être repoussée. Le droit seul de défense existe dans ce cas ; et il s'exerce par le renvoi de l'ambassadeur[10].

b) Ces privilèges sont accordés à toutes les personnes revêtues d'un caractère *représentatif,* à tous les agents, quelle que soit leur dénomination : ambassadeurs, envoyés extraordinaires, nonces, chargés d'affaires, secrétaires d'ambassade, ministres plénipotentiaires, pourvu qu'ils soient attachés à la mission diplomatique avec un *caractère officiel*[11].

c) L'immunité ne s'étend pas aux individus de la suite de l'agent diplomatique, quelle que soit leur nationalité, s'ils n'ont aucune mission du gouvernement que celui-ci représente et

[10] Cfr. sur cette question : ORTOLAN, t. I, nos 515 et suiv.; FAUSTIN HÉLIE, t. II, nos 646 et suiv.; BERTAULD, p. 145; LE SELLYER, *Traité de la criminalité...*, t. II, no 532. « S'ils (les agents diplomatiques) abusent de leur être représentatif, dit Montesquieu (*Esprit des lois,* liv. 26, chap. 27), on le fait cesser, en les renvoyant chez eux : on peut même les accuser devant leur maître, qui devient par là leur juge ou leur complice ».

[11] Les consuls, vice-consuls, agents consulaires, n'ont point de caractère représentatif et ne participent pas aux prérogatives qui appartiennent aux agents diplomatiques. Ils ne sont pas accrédités auprès du président de la République, ni même auprès du ministre des affaires étrangères ; leurs commissions sont simplement soumises à l'*exequatur,* c'est-à-dire à une simple autorisation donnée par le gouvernement du pays où ils exercent leurs fonctions. *Sic,* Paris, 28 avr. 1841 (S. 41.2.544) ; Cass., 23 déc. 1854 (S. 54.1. 811) ; 9 févr. 1884 (S. 85.1.512) ; Paris, 8 janv. 1886 (S. 87.2.13). Cfr. dans le même sens : LORIMER, *Principes de droit international,* traduit par NYS, p. 149; HEFFTER et GEFFEKEN, *Le droit international de l'Europe,* p. 565 ; HAUS, *op. cit.,* no 212 ; LE SELLYER, *op. cit.,* no 517; *Répert. gén. alph. du droit français,* vo *Agent diplomatique,* nos 118 et suiv.

sont attachés à sa personne par sa propre volonté[12]. Toutefois, les *usages internationaux* font participer, au privilège de l'agent diplomatique, les personnes de sa famille : ils ne permettent pas non plus de poursuivre les gens de sa maison sans son assentiment préalable.

III. Au lieu de faire découler la franchise de l'hôtel, comme une conséquence naturelle et logique, de l'*inviolabilité personnelle* des ministres publics, on a prétendu la tirer de la *fiction d'exterritorialité*. L'hôtel de l'ambassadeur, a-t-on dit, est censé situé en dehors du territoire, parce qu'il est la demeure de l'ambassadeur qui, lui-même, est considéré comme domicilié dans son pays : la fiction d'exterritorialité serait ainsi tout à la fois *personnelle* et *réelle*. L'hôtel d'une ambassade ou d'une légation serait la continuation du sol de l'État, que représente le diplomate qui l'habite. Mais, il n'est pas sans inconvénient d'appuyer sur un mauvais motif une solution vraie.

Cette fiction, que semblent admettre quelques jurisconsultes, présente, en effet, l'inconvénient grave de donner à l'inviolabilité à laquelle l'hôtel de l'ambassadeur participe, ainsi que sa personne elle-même, des conséquences qui n'en découlent pas. Si cette fiction était exacte, il faudrait, en effet, décider : 1° que l'hôtel de l'ambassadeur étant terre étrangère, les infractions commises dans cet hôtel, quelle que fût la nationalité du coupable, seraient réputées commises en pays étranger ; 2° que les auteurs ou les complices de ces infractions ne pourraient être poursuivis en France que dans les mêmes cas et dans les mêmes conditions que les auteurs des infractions commises en pays étranger ; 3° que les prévenus ou condamnés qui s'y réfugieraient n'en pourraient être enlevés que sur une demande d'extradition régulière. Ces trois conséquences sont inadmissibles[13] : aucune

[12] Comp. : Cass., 11 juin 1852 (S. 52.1.467). V. cependant Le Sellyer, *op. cit.*, n° 539. L'article 61 du Code de procédure criminelle autrichien consacre le principe de l'immunité de juridiction pour les gens de service qui appartiennent à la nationalité de l'ambassadeur.

[13] Comp. Cass., 13 oct. 1865 (S. 66.1.33). Un sujet russe avait tenté d'assassiner, dans l'hôtel de l'ambassade de Russie, un attaché. L'ambassadeur avait alors en congé. Le coupable fut immédiatement arrêté et

d'elles n'est imposée par le respect dû à l'inviolabilité de l'ambassadeur ou des choses nécessaires à ses fonctions. La franchise de l'hôtel est le complément nécessaire de l'inviolabilité du ministre public, exactement comme l'inviolabilité du domicile est le complément de l'inviolabilité du simple particulier. Il n'y a, en effet, entre l'inviolabilité d'un ambassadeur et celle d'un simple particulier, qu'une différence du plus au moins. Or, s'il n'a fallu aucune fiction pour expliquer l'inviolabilité du domicile privé, pourquoi en faudrait-il une pour expliquer l'inviolabilité de l'hôtel de l'ambassade? Si l'agent diplomatique est inviolable dans sa personne et dans ses biens, c'est-à-dire exempt de toute atteinte, affranchi de toute poursuite, « c'est qu'il est l'image de l'État représenté, de l'État souverain, de l'État indépendant ». Il n'y a donc pas besoin d'inventer une fiction pour expliquer l'inviolabilité de l'agent diplomatique et de son hôtel.

151. Le chef d'un État souverain représente cet État non pas pour un gouvernement seulement, mais pour tous les gouvernements. Et il n'a pas besoin, comme l'ambassadeur, d'une mission spéciale, tant qu'il conserve sa qualité. Le caractère pleinement représentatif du chef d'un État souverain étant ainsi établi, quelle est sa condition, quand il voyage hors de son pays, par rapport aux pouvoirs publics du territoire où il se trouve? A l'heure actuelle, dans tous les pays civilisés, on reconnaît aux chefs d'États souverains, qui voyagent en territoire étranger, les mêmes immunités qu'aux agents diplomatiques, et pour les mêmes raisons[1].

mis en prison par la police française, qui avait été requise à cet effet. Mais, à son retour, l'ambassadeur réclama l'extradition de l'accusé, sous prétexte

§ XIX. — QUELLES INFRACTIONS COMMISES HORS LE TERRITOIRE LA LOI PÉNALE FRANÇAISE PEUT ATTEINDRE

152. Position de la question. — **153.** Historique de la question. — **154.** Division du sujet.

152. La loi pénale française peut-elle atteindre les infractions commises en pays étranger? Faisons observer d'abord que l'on ne doit pas confondre l'*autorité de la loi* avec son *droit d'exécution :* en un mot, il ne s'agit pas, pour la loi pénale française, de faire, *à l'étranger,* acte de souveraineté, de punir, *à l'étranger,* en vertu de ses dispositions, un acte commis, soit par un Français, soit par un étranger. Mais on conçoit très bien qu'un fait, qualifié infraction par la loi française, étant commis à l'étranger, il puisse être question de le poursuivre, *en France,* lorsque son auteur se trouve, d'une manière ou d'une autre, sur le territoire français[1]. De ce que la loi d'un peuple est renfermée, quant à son *exécution,* dans les limites d'un territoire, il n'en résulte nullement qu'elle ne puisse atteindre, *sur ce même territoire,* les infractions commises partout ailleurs[2]. Il est bien certain, en effet, que l'État ne peut exercer le droit de répression sur le territoire d'un autre État, mais, en punissant des actes commis au dehors, il exerce ce droit sur son propre territoire. Or, si l'empire absolu de la loi pénale est fondé sur le principe de la *souveraineté,* ce même principe conduit à cette conséquence que toutes les fois que la nation aura *intérêt* à

§ XIX. [1] M. Bertauld (*op. cit.*, p. 122 et 123) insiste sur cette distinction entre l'autorité de la loi et son droit d'exécution. Mais nous ne sommes pas d'accord avec lui sur l'étendue d'application de la loi française qu'il paraît limiter exclusivement aux nationaux.

[2] Quand je dis « partout ailleurs », je comprends aussi bien les infractions commises sur le territoire où s'exerce la souveraineté d'une autre nation, que les infractions commises sur un territoire qui n'appartient à personne. La question concerne donc les actes accomplis dans une expédition de découverte, un voyage d'exploration dans des contrées inconnues (les expéditions de Stanley, de Nansen, par exemple).

punir, sur son territoire, une infraction commise en pays étranger, elle pourra et devra le faire, soit pour protéger sa propre existence, soit pour protéger ses nationaux. Pour nous, cet intérêt se rencontre dans une double hypothèse : 1° ou bien quand il s'agit d'une infraction offensant directement la sécurité de la nation ou son crédit, sa vie nationale ou économique; 2° ou bien quand il s'agit d'une infraction grave, commise contre un national ou par un national. A raison soit de la *nature du fait*, soit de la *nationalité de l'agent*, soit de la *nationalité de la victime*, l'État français devra punir les infractions commises en pays étranger, parce que le châtiment, certainement juste en lui-même, est *utile* pour la conservation de l'ordre public français.

C'est dans ces termes simples et pratiques que se pose la question. En un mot, il n'y a pas lieu d'examiner si la loi pénale d'un peuple est territoriale ou personnelle; il y a lieu de constater que tout État a pour mission de faire respecter, dans les limites de l'intérêt national, l'ordre public sur le territoire même où s'exerce sa souveraineté ; or, en cas de crime ou de délit commis à l'étranger, l'ordre public d'un État peut être troublé par répercussion. Sans doute, ce ne sera jamais qu'à titre *exceptionnel* et *subsidiaire* que la justice nationale interviendra pour réprimer un crime ou un délit commis hors de son territoire; mais cette intervention sera légitime dans la mesure où elle pourra être utile.

153. Avant la Révolution, les auteurs les plus considérables, suivant en cela notre ancienne jurisprudence, faisaient de la loi pénale une loi *personnelle* qui s'imposait au Français partout où il lui plaisait de résider, de même que la loi qui règle

torité de la loi pénale hors du territoire, tel paraît être le trait caractéristique, à ce point de vue, de notre ancienne législation. Cette conception ne se retrouve pas dans le Code pénal de 1791 qui consacre le principe de la territorialité de la loi pénale. Un décret des 3-7 septembre 1792 ordonna même la mise en liberté de tous les auteurs de délits commis hors de France, détenus à cette époque dans les prisons françaises. Mais l'ancienne doctrine se retrouve dans le Code du 3 brumaire an IV. L'article 11 déclare formellement que : « *Tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la République, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France lorsqu'il y est arrêté* ». L'article 12 décide, en outre, que les étrangers ne seront jugés et punis en France que pour certains crimes attentatoires à la sûreté et au crédit de l'État français, mais, pour les crimes d'une tout autre nature, l'article 13 ajoute que « *les étrangers, qui sont prévenus de les avoir commis hors du territoire de la République, ne peuvent être jugés ni punis en France* ». La question de savoir quelle législation on adopterait à cet égard fut nécessairement posée lors de la discussion du Code d'instruction criminelle de 1808, qui précéda celle du Code pénal. Le projet contenait deux articles consacrant le principe de la personnalité des lois. Dans la discussion qui s'engagea, surtout entre Treilhard et Target, les deux systèmes absolus de la personnalité et de la territorialité furent vivement défendus. Mais on fit, entre les deux opinions, une transaction. Si le Code d'instruction criminelle, dans ses articles 5, 6 et 7 adopte comme point de départ, le système de la territorialité, il apporte, à l'application de ce système quelques restrictions, que l'on

IIe partie, chap. 1er, p. 164, no 34 (Je cite la 4me édition, 1751). La législation française s'inspirait ainsi des idées d'expiation et de vengeance, idées indépendantes de la nationalité du coupable et du lieu du délit. Un exemple, resté célèbre, de l'application extra-territoriale de la loi pénale française, nous est fourni par l'affaire Sydney Hamilton. Il s'agissait d'une Anglaise, victime, dans son pays, d'un rapt de séduction de la part d'un sieur Beresford : la victime et l'auteur du délit étant venus s'établir à Paris, le Parlement de Paris statua sur l'affaire le 21 octobre 1771 et le 25 mars 1882.

devait, plus tard, élargir. Les seules infractions qualifiées *crimes*, lorsqu'elles étaient commises en pays étranger, pouvaient être poursuivies en France. Ces crimes étaient-ils attentatoires à la sûreté de l'État? Ils pouvaient être poursuivis sans condition de nationalité. Étaient-ils attentatoires à la sûreté ou à la propriété des particuliers? Pour que la juridiction française fût compétente, la loi exigeait la réunion de cinq conditions : il fallait : 1° que le crime eût pour auteur un Français; 2° qu'il fût commis contre un Français; 3° que la partie lésée ou ses héritiers eussent porté plainte; 4° que le coupable fût de retour en France; 5° qu'il n'eût pas été poursuivi et jugé à l'étranger.

Cette législation ne faisait pas une part assez large aux moyens répressifs pour les infractions commises en pays étranger[1], et ses inconvénients se manifestaient surtout dans les départements frontières, où il est si facile, pour les étrangers ou les Français, de passer d'un pays dans l'autre. Du reste, elle n'était pas en rapport avec les autres législations européennes qui, presque toutes, punissaient les infractions graves commises par leurs nationaux en pays étranger[2]. En 1842, le gouvernement présenta à la Chambre des députés un projet de réforme qui, entre autres points, traitait de la répression des infractions commises hors du territoire. Le projet fut voté en 1842. L'année suivante, il fut porté à la Chambre des pairs et rejeté après de brillants débats. En 1845, M. Roger reprenait, pour son compte, le projet du gouvernement. Enfin, par lettre du 18 mars 1845, M. Martin (du Nord), garde des sceaux, consulta, sur ce projet, les cours royales et les facultés de droit,

qui donnèrent leur opinion motivée[6]. C'est à ce point que s'arrêtent les travaux préparatoires, antérieurs à la Révolution de 1848. Ils forment un ensemble de documents précieux, où la question est examinée et approfondie sous toutes ses faces. La réforme fut reprise en 1850[7], puis en 1852. A cette époque, les dispositions du projet, adopté par le Corps législatif, soulevèrent les susceptibilités des gouvernements étrangers qui crurent y voir un empiètement sur leur souveraineté. Il y eut des représentations diplomatiques, et l'Empereur renonça à soumettre la loi à la sanction du Sénat. Mais ce projet a servi de point de départ à la réforme qui s'accomplit par la loi du 27 juin 1866[8].

Cette loi se compose de deux articles : l'article 1er, modifiant les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, a pris, dans ce Code, la place de ces textes; l'article 2 n'y est pas incorporé.

154. L'ensemble de ces dispositions soulève une double question :

1° A quelles conditions une infraction, commise en pays étranger, peut-elle être poursuivie et punie en France?

2° Comment résoudre les conflits de législation et de juridiction qui naissent de la double compétence établie, en cette matière, entre les lois et les tribunaux étrangers, les lois et les tribunaux français?

Pour la solution de ces deux problèmes, notre législation tient compte d'un double élément : 1° la *gravité* de l'infraction; 2° la *nationalité* du coupable. Les tribunaux auront donc toujours à examiner, en cas de poursuite d'une infraction commise à l'étranger, pour juger de sa recevabilité, ces deux questions

[6] On peut consulter, par exemple : le rapport présenté par M. Ortolan, au nom de la Faculté de droit de Paris (*Revue de législation*, 1847, t. XXVIII, p. 200 et suiv.); le rapport présenté par M. le conseiller Rocher, approuvé par la Cour de cassation le 8 janv. 1847 (*Journal de droit criminel*, art. 4045).

[7] Sur le projet de 1850, consultez : Valette, *Mélanges*, t. II, p. 295-302.

[8] Sur cette loi, comp. : Thézard (*Revue critique*, 1866, t. XXVIII, p. 364); Bertauld (*Revue critique*, 1866, t. XXIX, p. 24).

préalables : quelle est la qualification de l'infraction? quelle est la nationalité du prévenu ou de l'accusé? Ils devront exclusivement se placer, pour les résoudre, au point de vue de la loi française.

§ XX. — CRIMES, DÉLITS, CONTRAVENTIONS COMMIS A L'ÉTRANGER

(C. instr. cr., art. 5, 6 et 7; L. 27 juin 1866, art. 2.)

155. Distinction entre les crimes, les délits et les contraventions. — **156.** *Crimes* commis à l'étranger. — **157.** Dans quelle mesure les étrangers commettant un crime hors du territoire devraient échapper à la loi pénale française. — **158.** *Délits* commis à l'étranger. — **159.** A quelle condition essentielle ces délits sont punissables. — **160.** Règles exceptionnelles de la poursuite en matière de délits commis à l'étranger. — **161.** Modification à la compétence en cas de crimes et délits commis à l'étranger. — **162.** *Délits spéciaux* et *contraventions* commis à l'étranger. — **163.** Condition générale du retour en France.

155. Pour résoudre la première question, je vais successivement supposer que l'infraction, commise en pays étranger, soit par un Français, soit par un étranger, est qualifiée *crime, délit, contravention* par la loi pénale française.

156. *Crimes commis en pays étranger.* — Une infraction, qualifiée *crime* par la loi française, c'est-à-dire punie d'une peine afflictive ou infamante, est commise à l'étranger ; c'est un meurtre, par exemple : l'auteur peut-il être poursuivi en France et à quelles conditions? Pour répondre à cette question, je distinguerai, avec les articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, deux catégories de crimes.

I. Les crimes « *attentatoires à la sûreté de l'État, ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi* », commis hors du territoire de la France, peuvent être poursuivis et jugés en France, d'après les dispositions des lois françaises, quelle que soit la *nationalité* des auteurs et des complices de l'infraction (C. p., art. 75 à 108, 132 et 139). D'une part, en effet, l'État français est directement intéressé à réprimer les infractions de cette espèce, car, c'est contre lui que l'attentat est dirigé, et il importe peu qu'il s'accomplisse en

dehors de son territoire; d'autre part, il est contraint de punir lui-même de pareils faits, puisqu'ils sont indifférents au repos des autres nations, si bien que souvent leurs législations pénales n'auront pas incriminé ces faits. Et à supposer même qu'elles les aient prévus et punis, elles ne se placent pas au même point de vue que la législation du pays attaqué; presque toujours, la peine édictée dans les textes sera peu rigoureuse, et il est à craindre que les tribunaux étrangers, n'ayant pas grand intérêt à punir les délits de cette nature, procèdent avec peu de zèle et les punissent avec indulgence. En droit comme en fait, la nation essentiellement intéressée dans la poursuite, c'est la nation contre laquelle est dirigée l'acte hostile. Mais il me paraît nécessaire, à un double point de vue, de distinguer, suivant que les auteurs ou complices de ces infractions sont de nationalité française ou étrangère : 1° Les étrangers, à la différence des Français, peuvent être poursuivis en France pour crimes attentatoires à la sûreté de l'État français, dans le cas seulement où ces crimes constitueraient des infractions aux règles du droit des gens. Ainsi, le fait d'avoir, hors du territoire, « pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France », qui, aux termes de l'article 76, C. p., serait un crime de la part d'un Français, ne le serait pas toujours venant d'un étranger; 2° Si les faits, dont il s'agit dans l'article 7, sont commis par un Français, celui-ci peut être, avant son retour en France, poursuivi et jugé par contumace (C. instr. cr., art. 5 *in fine*); tandis que s'ils sont commis par un étranger, l'article 7 exige, comme condition préalable de la poursuite, que celui-ci soit arrêté en France ou que le gouvernement français ait obtenu son extradition [1].

II. Les autres crimes, punis par la loi française, ne peuvent être poursuivis et jugés en France, lorsqu'ils ont eu lieu hors du

§ XX. [1] Cette distinction est peu rationnelle : la nature du fait motivant la répression, la loi n'avait pas à tenir compte, quant aux formes de la poursuite, de la *nationalité* de l'agent. Comp. MOLINIER, *op. cit.*, p. 226.

territoire de la France, que s'ils sont commis[2] par un Fr
Il est de l'intérêt et de la bonne réputation de la France
nationaux ne commettent pas de crimes à l'étranger; et p
ne peut méconnaître le devoir et le droit du législateu
poser aux Français, qui sont ses sujets, l'observation de
ceptes et de les punir, quand ils rentrent sur son te
pour les avoir violés. Les lois pénales ont donc ainsi un
caractère. Ce sont des lois de police qui, comme telles
posent, en France, aux étrangers comme aux Français;
part, ce sont des lois qui limitent les droits et tracent des
elles ont trait à la personne, de sorte que les Français
être punis, en France, pour des infractions à ces lois, co
à l'étranger. Les lois pénales se trouvent, de la sorte, é
fois *territoriales* pour les étrangers et *personnelles* p
Français. Ce dernier caractère a été encore accentué e
car on ne distingue plus, comme le faisait le Code d'inst
criminelle de 1808, par une sorte d'égoïsme national m
pris, suivant que la victime du crime est ou non de nat
française; on ne subordonne plus l'action du ministère
une plainte préalable de la victime ou de ses héritiers, e
qu'il serait, à ce point de vue, peu moral qu'un pacte fa
la victime ou ses héritiers pût désarmer la justice fran
assurer l'impunité du crime[1].

[2] Quel que soit le mode de participation du Français au crime q
reproché, que le Français soit auteur ou simplement complice.
effet, la *nationalité* seule du coupable qui détermine le droit de ju
de la France.

157. L'action de la loi pénale française ne s'étend donc jamais aux *étrangers* commettant un crime contre les personnes, les propriétés, la sûreté ou le crédit de l'État étranger, hors des frontières de la France. *a*) S'il s'agit d'un étranger commettant un crime contre un État ou un particulier *étrangers,* la pénalité ne serait justifiée en France, ni par la nécessité de défendre nos institutions politiques et économiques, ni par les liens qui engagent toujours les nationaux, en quelque lieu qu'ils se trouvent, envers l'État auquel ils appartiennent, ni par le devoir de protection que l'État doit exercer envers ses nationaux lésés par un délit commis hors du territoire. L'État français n'a pas un devoir de *tutelle universelle,* il ne peut toujours intervenir à l'effet de juger et de punir; ce serait le mêler à des questions qui ne le concernent pas; il a seulement le droit, pour faire cesser l'impunité scandaleuse d'un coupable, qui se met à l'abri de la justice étrangère dans notre pays, de l'extrader ou de l'expulser. *b*) Mais il n'en devrait pas être de même dans le cas où la victime du crime serait de *nationalité française.* L'intérêt que nous avons à punir des crimes commis en pays étranger par des *étrangers* est incontestable, lorsqu'ils l'ont été contre la *personne* ou les *biens* d'un *Français :* car la protection des lois françaises doit s'étendre sur nos nationaux en quelque lieu qu'ils se trouvent. La loi de 1866 n'est cependant pas allée jusqu'à ce point[5]. L'étranger, qui commet un crime contre un de nos nationaux, à l'étranger, ne s'expose nullement à être poursuivi s'il rentre en France. Le gouvernement français a simplement le droit de l'*extrader,* si l'extradition est demandée,

la victime ou de ses héritiers. De quoi s'agit-il, en effet, en punissant le Français qui commet un crime en pays étranger? Beaucoup moins de protéger l'État français, que de donner satisfaction au pays où le délit a été commis ou de faire justice à la partie offensée quand elle se plaint. Le bien fondé de la réforme est donc contestable.

[5] Comp. : VALETTE, *Mélanges*, t. II, p. 297; ORTOLAN, t. I, nº 901; DELOUME, *op. cit.*, p. 92; MOLINIER, *op. cit.*, p. 221. Le projet de 1852 était allé, dans ses prévisions, jusqu'à permettre de poursuivre en France l'étranger qui commettait un délit contre les biens ou la personne d'un Français. C'était même la disposition qui avait soulevé les représentations diplomatiques qui amenèrent l'abandon du projet.

et, dans tous les cas, de l'*expulser* par simple mesure administrative. Nul doute cependant que le châtiment infligé ne dût produire une impression plus profonde que ne le ferait la simple expulsion ou la seule extradition du coupable. Du reste, l'étranger peut être poursuivi devant les tribunaux français pour réparation du préjudice qu'il a causé à un Français par un crime ou un délit commis en pays étranger. Mais l'action a le caractère d'une action en dommages-intérêts ordinaire, intentée et poursuivie devant les juridictions civiles[6].

158. *Délits commis en pays étranger.* — Les délits commis en pays étranger ne sont jamais punissables en France si l'auteur est un *étranger*, ils peuvent l'être si l'auteur est un *Français :* car, aux termes de l'article 5, § 2 : « *Tout Français, qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis* ».

Cette disposition est *nouvelle :* car la législation précédente n'avait pas édicté de responsabilité pénale pour les délits commis en pays étranger; elle est *générale :* en effet, il importe peu que la peine édictée par la loi française soit celle de l'emprisonnement ou de l'amende; que le délit soit dirigé contre un Français ou contre un étranger; qu'il ait ou non un caractère politique : le texte ne fait aucune distinction entre les délits, suivant leur *gravité* ou leur *nature*. Mais il exige, pour qu'un délit commis en pays étranger soit punissable en France, qu'il

[6] L'article 14 du Code civil permet, en effet, à un Français d'actionner,

soit également puni par la législation du pays où il a été commis[7]. Cette restriction est motivée par les considérations suivantes : 1° Ce fait qu'un délit, prévu et puni par la loi française, est prévu et puni par la loi étrangère, prouve qu'il s'agit d'un de ces actes réprouvés par la morale universelle. Cette communauté de réprobation, qui est un signe de la gravité de l'infraction, motive la poursuite en France. 2° La justice veut que le Français, qui a échappé à une peine en pays étranger, pour une infraction qu'il a commise dans ce pays, n'échappe pas à la répression en rentrant en France; mais elle ne veut pas qu'il soit puni, parce qu'il rentre en France, alors que, s'il était resté en pays étranger, il aurait évité la répression. 3° Cette restriction doit amener une réduction notable dans la poursuite des délits spéciaux, des délits politiques et de presse, des délits fiscaux et de police, etc. L'intérêt français se trouvant seul engagé à la répression de la plupart de ces délits, ils ne seront pas punissables en pays étranger; et ils ne le seront pas non plus en France, lorsqu'ils auront été commis hors de notre territoire.

159. C'est au ministère public, qui poursuit en France un délit commis en pays étranger, à faire la preuve que ce délit est puni par la loi étrangère : *onus probandi incumbit ei qui agit.* Il doit démontrer qu'il y a, entre la législation pénale française et la législation du pays où le fait a été commis, *identité quant à l'incrimination;* il n'est pas nécessaire qu'il y ait *identité quant à la peine.* — Il faut, en effet, que les deux législations prévoient et punissent le même *fait,* un fait identique et non similaire. C'est ce qui résulte du texte de l'article 5, § 2, et de la discussion à laquelle il a donné lieu[8]. — Mais il n'est pas

[7] Cette restriction, qui ne figurait pas dans le texte du projet de loi de 1866, a été introduite, au cours de la discussion, par voie d'amendement proposé par le Corps législatif et accepté par le Conseil d'État. Cet amendement s'était inspiré d'une disposition du Code pénal du royaume de Prusse de 1852 (art. 4, n° 8), reproduite par le Code pénal allemand de 1870 (§ 4, n°s 2 et 3).

[8] Ainsi, en matière de presse, il est nécessaire que la loi étrangère prévoie et punisse, non pas généralement les délits de presse qui s'attaquent au

nécessaire qu'il y ait, entre les deux législations, *identité* ni même *analogie* dans la peine dont elles le frappent : il suffit, en effet, que l'infraction, punie en France d'une peine correctionnelle, soit *punie* par la législation étrangère. Mais il importe peu que le fait soit puni d'une peine criminelle, correctionnelle ou de police : la condition est remplie, quand le *même fait est puni par la loi étrangère*[9].

160. L'article 5, § 4, apporte, aux règles de l'action publique, en ce qui concerne les délits commis en pays étranger *contre un particulier*, français ou étranger, deux exceptions : 1° En règle générale, la victime d'un *délit* peut citer directement l'auteur de ce délit devant le tribunal correctionnel, qui se trouve ainsi saisi de l'action en répression et de l'action en réparation : il en est autrement en cas de délit commis en pays étranger : « *La poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public* ». 2° Le droit même du ministère public est subordonné à une *plainte préalable de la partie lésée ou à une dénonciation officielle du pays où le délit a été commis*, tandis que, s'il s'agit d'un délit commis en France, le ministère public a le droit d'intenter l'action de son propre mouvement, sans avoir besoin d'être provoqué. La loi, en exigeant le *concours*, dans la poursuite des délits commis en pays étranger contre les particuliers, du *ministère public* et de la *partie lésée*[10], a voulu laisser au magistrat la mission d'apprécier la gravité du délit et les difficultés de la procédure, tout en lui enlevant le droit de poursuivre, quand l'ordre public français paraît désintéressé, en raison même du silence de la victime.

161. Lorsqu'un crime ou un délit est commis en France, trois juridictions peuvent se trouver compétentes, *ratione loci*, pour le juger : celle du lieu où habite l'inculpé, celle du lieu où il est arrêté, celle du lieu où l'infraction a été commise. Les juridictions *régulièrement* compétentes, en cas d'infractions commises en pays étranger, sont nécessairement réduites à deux; mais, comme le tribunal du lieu où l'inculpé a été arrêté et celui du lieu où il réside peuvent être éloignés de la frontière du pays où le délit a été commis, et que cet éloignement est de nature à compliquer la procédure et à rendre difficile l'administration des preuves, la Cour de cassation peut, aux termes de l'article 6, sur la demande du ministère public ou des parties, renvoyer la connaissance de l'affaire devant une cour ou un tribunal plus voisin du lieu du crime ou du délit.

162. *Délits spéciaux et contraventions commis à l'étranger.* — L'article 2 de la loi du 27 juin 1866, dont le texte est en dehors du Code d'instruction criminelle, autorise, en ces termes, la poursuite, en France, de certains délits spéciaux et contraventions commis en pays étranger, qui ne seraient pas punissables aux termes de l'article 5, § 2 : « *Tout Français, qui s'est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douane ou de contributions indirectes, sur le territoire de l'un des États limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France, d'après la loi française, si cet État autorise la poursuite de ses régnicoles pour les mêmes faits commis en France. La réciprocité sera légalement constatée par des conventions internationales ou par un décret publié au Bulletin des lois* ».

Cette disposition n'a qu'un but : permettre à la loi française de protéger les intérêts de police et les intérêts fiscaux d'un pays voisin, à la charge, pour ce pays, de protéger les nôtres[11]. Le

[11] Le Code pénal allemand pose une règle plus générale : aux termes de l'article 6 : « Les contraventions commises en pays étranger ne peuvent être punies que dans les cas où il existerait à cet égard des lois spéciales ou des traités ». Disposition analogue, dans le projet de Code pénal autrichien (art. 5). Comp. également : Code pénal luxembourgeois (art. 3 ; loi belge du 17 avril 1878 (art. 9).

caractère anormal de cette disposition nous indique qu'il faut la restreindre dans les termes mêmes où le législateur l'édicte. *a*) Ce sont les seuls délits et contraventions énumérés dans le texte, dont le caractère est essentiellement limitatif, qui peuvent donner lieu à une poursuite en France. *b*) Ces infractions doivent avoir été commises dans un pays *limitrophe* de la France : la Suisse, l'Italie, l'Allemagne, l'Espagne. Il est même évident que les mots « États limitrophes » dépassent le but de la loi, qui n'a entendu punir, en France, les infractions, énumérées dans le texte, que lorsqu'elles sont commises dans le *rayon frontière* des États limitrophes. Il ne viendrait, par exemple, à l'esprit de personne de permettre la poursuite, en France, d'un délit forestier commis dans les Apennins. *c*) La loi française exige enfin que l'État limitrophe punisse les mêmes infractions lorsqu'elles sont commises en France, et la réciprocité entre les deux nations doit être *légalement et publiquement* constatée[14].

163. Le Français, sauf quand il a commis un des crimes attentatoires à la sûreté de l'État français ou à son crédit, ne peut être poursuivi, pour crime ou délit perpétré à l'étranger, *avant son retour* en France[15]. En effet, c'est la présence du criminel dans le lieu où il s'est réfugié, qui, par l'inquiétude et l'alarme qu'elle cause, justifie la poursuite en France. Le retour de l'inculpé devient donc une condition essentielle de l'application de la loi pénale française aux *crimes* et *délits* commis à l'étranger, comme aux *contraventions* elles-mêmes. Il

[14] La Belgique est, je crois, le seul pays, jusqu'ici, vis-à-vis duquel l'art. 2 de la loi de 1866 reçoit une application. V. le décret du 2 novembre 187[illegible]

faut conclure de cette règle, qu'une poursuite, *commencée par contumace* ou *par défaut,* serait irrégulière. Mais il ne pourrait dépendre du prévenu d'enrayer la poursuite, régulièrement commencée, en quittant le pays, soit qu'en raison de la nature du délit il n'ait pas été arrêté préventivement, soit qu'après son arrestation, il soit parvenu à s'échapper. Au jour du jugement, la justice prononcera, même en l'absence du prévenu, et la sentence, rendue par contumace ou par défaut, sera tout aussi régulière que si le débat avait été contradictoire[14] (C. instr. cr., art. 5, § 5).

Les expressions, dont se sert la loi, semblent indiquer que la *seule présence* du malfaiteur sur le territoire français ne suffirait pas à autoriser des poursuites contre lui, si cette présence n'était pas *volontaire,* en un mot, si l'inculpé n'était pas de « retour » en France. Ainsi interprété, le texte conduit à une double conséquence : 1° l'extradition ne pourrait être demandée par le gouvernement français, du chef d'un de ses nationaux qui aurait commis à l'étranger un crime ou un délit punissable en France et qui se serait réfugié sur le territoire d'une puissance tierce; 2° la poursuite ne devrait pas être intentée, si le malfaiteur se trouvait, sur le territoire français, par un cas de force majeure, indépendant de sa volonté, par exemple, à la suite d'un naufrage, ou bien s'il avait été arrêté à l'étranger et conduit en France[15]. Mais ces deux conséquences sont l'une et l'autre contestées.

[14] Comp. dans ce sens : Paris, 17 juin 1870 (S. 71.2.66). Cet arrêt est, il est vrai, critiqué par Morin (*Journ. de droit criminel,* art. 9037); Molinier, *op. cit.,* p. 264. Cfr. Goddyn et Mahyels, *op. cit.,* p. 43.

[15] Carnot, t. I, p. 24; Mangin, *Action publique,* t. I, p. 128; Faustin Hélie, t. II, n° 679. Voy. Cass., 5 février 1857 (S. 57.1.220); Aix, 28 avril 1868 (S. 68.2.302). — La commission de la Chambre des députés, qui a été saisie du projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle, déjà voté par le Sénat, met fin à la difficulté, en proposant l'adjonction du mot « *volontaire* », dans le § dernier de l'article 7. Même disposition dans l'article 6 du projet de la commission de révision du Code pénal.

§ XXI. — DES CONFLITS DE LÉGISLATION ET DE JURIDICTION EN MATIÈRE PÉNALE[1]

(C. instr. cr., art. 5, § 3; art. 7.)

164. Des conflits sont de nature à s'élever lorsque le même fait est punissable dans deux pays. — **165.** Des conflits de législation en matière pénale. — **166.** Des conflits de juridiction. Comment la question devrait être résolue en législation. — **167.** Le Français ou l'étranger qui a commis une infraction hors du territoire ne peut être jugé en France s'il a été déjà jugé à l'étranger. — **168.** Étendue de la règle. — **169.** Un nouveau jugement peut intervenir si l'infraction a été commise en France. — **170.** Législation comparée.

164. Lorsqu'une infraction, punissable en France, a été commise en pays étranger, le coupable se trouve soumis à deux *lois* et justiciable de deux *juridictions*. S'il y a *conflit* entre ces deux législations et ces deux juridictions, comment devra-t-on le trancher? C'est à cette question que nous allons répondre, en examinant successivement les conflits de législation et les conflits de juridiction.

165. *Des conflits de législation en matière pénale.* — Deux situations sont à prévoir.

Un *étranger* commet une infraction en France : il est justiciable des tribunaux français, qui lui appliqueront, non pas sa loi nationale, mais la loi française (C. civ., art. 3, § 1). C'est une des conséquences les moins contestées de la souveraineté territoriale.

Un *Français* ou un *étranger* commet une infraction en pays étranger. Est-il poursuivi et jugé, en France, d'après les dispo-

territoire, est incriminé par la loi française, mais il ne l'est pas par la loi étrangère du pays où il a été perpétré? Dans ce cas, notre droit positif distingue suivant la qualification que reçoit le fait dans la législation française. Est-ce un *crime?* il est punissable en France. Est-ce un *délit* ou une *contravention?* il ne peut être puni en France. *b*) Ou bien le fait, commis à l'étranger, est punissable d'après les lois du pays, sans l'être d'après nos lois? Dans ce cas, quelle que soit la gravité que lui donne la loi étrangère, il échappe à toute répression en France. Une application intéressante de cette solution a été faite en matière de fabrication à l'étranger de fausses monnaies (C. p., art. 133). Nous la retrouverons en expliquant cet article. *c*) Ou bien, — et ce sera l'hypothèse la plus fréquente, — il est réprimé dans les deux législations, mais d'une manière différente? Dans ce cas, il est punissable en France, mais le coupable est *toujours* poursuivi et puni d'après les dispositions des lois françaises et non d'après celles des lois étrangères, quelle que soit sa nationalité. Au contraire, dans quelques législations, les tribunaux doivent prononcer la peine la plus douce, édictée par les deux lois, et régler le conflit entre la loi nationale et la loi étrangère, comme on règle le conflit entre une loi ancienne et une loi nouvelle. Mais ce système a toujours été repoussé par notre législation. De sorte que les tribunaux français n'ont jamais à appliquer, en France, les *lois pénales étrangères,* quelle que soit la *nationalité* du prévenu ou de l'accusé, quel que soit le *lieu* de l'infraction. On sait qu'il en est tout autrement en matière civile[2]. Dans les conflits soulevés par les dispositions diverses des lois françaises et étrangères, tantôt il y a lieu d'appliquer les lois françaises, tantôt il y a lieu d'appliquer les lois étrangères. Un étranger meurt, laissant des biens en France : par quelle loi sera régie sa succession quant à ces biens? par la loi française, qui est la loi du pays où les biens sont situés, ou par la loi étrangère, qui est la loi nationale du défunt? Voilà un exemple de conflit entre deux législations[3]. Eh bien! dans ce conflit, ce ne

[2] Voy. sur ce point : Ch. Beudant, *op. cit.*, t. I, n° 78, p. 130.

[3] Dans les procès de ce genre, le tribunal civil a toujours deux questions

sera pas toujours la loi française qui devra être appliquée (C. civ., art. 3, §§ 2 et 3).

166. *Des conflits de juridiction en matière pénale.* — Les juridictions de deux États se trouveront parfois *compétentes* pour statuer sur la même infraction, soit que cette infraction ait été commise, sur notre territoire, par un *étranger*, soit qu'elle ait été commise, hors de notre territoire, par un *Français*. Si l'inculpé a été *jugé définitivement* par les tribunaux de l'un des deux États, peut-il être poursuivi, de nouveau, devant les tribunaux de l'autre? Deux opinions extrêmes ont été soutenues en législation. 1° Dans un premier système, un inculpé ne doit jamais être jugé *deux fois* pour le même délit. Tout jugement définitif, de quelque autorité qu'il émane, éteint l'action publique d'une manière absolue; et, en quelque lieu qu'il se réfugie, le prévenu ou l'accusé doit être à l'abri de toute poursuite. Peu importe la *nature* de l'infraction commise, le *lieu* du délit, la *nationalité* de l'*agent* ou de la *victime;* peu importe que le jugement étranger prononce l'*acquittement*, l'*absolution* ou la *condamnation* du coupable; que le condamné ait *subi* ou *prescrit* sa peine : le droit de punir est épuisé dans tous les cas. 2° Dans un second système, l'autorité de la chose jugée ne peut se produire qu'à l'égard des jugements rendus en vertu de la *même loi* et dans le *même pays*. La maxime *non bis in idem* n'a aucune application en droit international. Le droit de poursuite de chaque État ne peut être paralysé par des poursuites exercées dans un État étranger. Une seule restriction doit être apportée à cette règle : lorsque l'individu poursuivi a déjà été l'objet d'une condamnation à l'étranger, il est juste de tenir

Je crois ces deux opinions trop absolues l'une et l'autre : la question est, en effet, mal posée, et des distinctions s'imposent.

Il faut d'abord reconnaître, sous certaines conditions, l'autorité de la sentence rendue par les juges du *lieu* où l'ordre public a été troublé. Si le juge territorial a statué et si le jugement a été exécuté, l'*impunité,* qui seule pouvait motiver l'exercice de l'action pénale dans un autre pays, disparaît et le droit de poursuivre cesse d'exister. Mais les motifs qui justifient, dans cette hypothèse, l'application de la maxime *non bis in idem* en déterminent aussi la portée. C'est le défaut d'intérêt qui doit empêcher l'autorité d'un État de poursuivre une infraction commise à l'étranger. L'action publique doit donc subsister lorsque cet État a un intérêt légitime à la répression. Cet intérêt me paraît exister dans deux cas :

1° L'infraction, commise sur le territoire d'un État, *porte une atteinte directe à la sûreté ou au crédit d'un autre État;*

2° L'individu, condamné par les tribunaux d'un État, s'est réfugié sur le territoire d'un autre État *sans avoir subi la peine prononcée contre lui.*

Dans ces deux hypothèses, il doit être possible de poursuivre de nouveau le délinquant, malgré l'existence d'un jugement rendu par les tribunaux du lieu du délit, car, dans l'une comme dans l'autre, une nouvelle poursuite peut être utile pour sauvegarder l'ordre public.

167. L'article 5, § 3 du Code d'instruction criminelle, a adopté le principe, mais sans aucune des restrictions que nous venons d'indiquer. Le *Français* ne peut être poursuivi en France, à raison d'une infraction commise en pays étranger, « *s'il a été jugé définitivement à l'étranger* ». Telle est la règle.

Elle est applicable à deux conditions : *a*) Il faut que l'inculpé prouve non seulement qu'il a été *poursuivi,* mais qu'il a été *jugé* en pays étranger. Ce jugement doit être valable, c'est-à-dire émaner d'un tribunal légalement constitué et compétent aux termes de la loi étrangère; *b*) Il faut que le jugement étranger soit *définitif,* c'est-à-dire qu'il ait épuisé l'action pénale. On ne doit considérer comme définitifs que les jugements *contradic-*

[illegible], aux termes de la législation étrangère, ont *force de chose jugée*. Une décision par défaut ou par contumace ne fera [illegible] obstacle à la poursuite en France.

[illegible]. Le législateur prévoit dans l'article 5, § 3 du *Code d'instruction criminelle*, l'hypothèse où l'infraction, qui donne [illegible] conflit de juridiction, est un *crime* ou un *délit* commis par un *Français, à l'étranger*.

[illegible] double compétence de la juridiction française et de la juridiction étrangère peut se présenter, soit à raison de certaines *contraventions* commises par des Français sur le territoire d'un État limitrophe, soit à raison d'infractions commises hors du territoire par des *étrangers*. Quelle est, dans ces diverses hypothèses, l'influence que peut exercer, sur l'action publique, un jugement rendu par les tribunaux étrangers?

[illegible] Il est évident que le Français, qui commet, en Suisse ou en Belgique, une *contravention* de la nature de celles qui sont [illegible] par l'article 2 de la loi de 1866 (contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douane, etc.), ne peut [illegible] poursuivi, s'il a été jugé définitivement à l'étranger. L'action des tribunaux français est essentiellement subsidiaire. L'État français n'a pas un intérêt direct à la répression. Il protège les intérêts d'un État voisin, à charge de réciprocité. L'action publique est donc éteinte en France, si elle a été épuisée à l'étranger.

[illegible] Une infraction, commise hors du territoire par un *étranger*, peut donner lieu à des poursuites criminelles en France, dans les conditions de l'article 7, C. instr. crim., s'il s'agit d'un crime attentatoire à la sûreté ou au crédit de l'État français. Or, il

tion a été commise *par un Français*. L'article 5, § 3, est formel; qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, l'inculpé ne peut être poursuivi en France, s'il a été jugé définitivement en pays étranger. La loi ne fait aucune distinction entre les crimes qui porteraient atteinte au crédit ou à la sécurité de l'État et toutes les autres infractions. La solution consacrée par la loi, dans l'hypothèse où l'auteur du crime est un Français, doit, à plus forte raison, être étendue à celle où le crime a été commis par un étranger, celui-ci ne pouvant être autrement traité que le Français. Il faut remarquer, du reste, que la loi ne se sert pas, dans l'article 7, de termes impératifs : « L'étranger *pourra* être poursuivi ». Or, l'article 5 du Code de 1808 était rédigé dans les mêmes termes, et le commentaire qui en fut donné dans la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, en détermine très nettement la portée[4].

[4] Dans la séance du 17 fructidor an XII, Target déclare « qu'il est également d'avis d'employer l'expression « *pourra* », car, pour que l'étranger « puisse être jugé en France, il faut être maître de sa personne, *il faut aussi* « *qu'il n'ait pas été jugé dans le pays où il a commis le délit* ». Cfr. Locré, t. XXIV, p. 116, 118, 120. Il a paru inutile d'insérer dans l'article 5 une disposition spéciale. Les crimes dont il s'agit ici n'intéressant qu'indirectement les États étrangers, ils ne se soucieront pas de les réprimer; presque partout, du reste, la loi pénale ne punit pas les crimes attentatoires à la sûreté d'un État étranger; par conséquent, les tribunaux français ne rencontreront presque jamais devant eux un jugement rendu à l'étranger. On ne peut donc pas argumenter du silence du législateur pour exclure l'application de la maxime *non bis in idem*. Ce silence est interprété par le législateur lui-même. Du reste, avec la nouvelle rédaction de l'article 5, il est hors de doute *qu'un Français*, qui a commis en pays étranger un crime attentatoire à la sûreté de l'État, ne peut plus être poursuivi en France, s'il a été jugé définitivement à l'étranger. Or, il est impossible d'admettre que la loi ait entendu traiter les étrangers avec plus de rigueur. *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. II, p. 45; Molinier, *Traité*, p. 271; Le Sellyer, t. II, p. 597. La distinction, à ce point de vue, entre Français et étrangers, est faite dans plusieurs Codes étrangers. Voy. C. p. allemand, §§ 4 et 5; C. p. italien, art. 4, notamment § 2 : « Il est jugé dans le royaume, alors même qu'il l'a été à l'étranger, si le ministre le requiert... ». Suivant une opinion qui ne nous paraît pas exacte dans l'état actuel de notre législation, l'*étranger*, inculpé de crimes commis hors du territoire contre la sécurité ou le crédit de la France, peut être de nouveau poursuivi devant les tribunaux français, bien qu'il ait

[illegible] ces explications que nous devons poser, en thèse [illegible] règle : l'auteur d'une infraction, *commise en* [illegible] peut être poursuivi en France s'il a été définitivement jugé à l'étranger. La loi pénale, en effet, est, avant [illegible] territoriale ; elle n'a qu'un titre subsidiaire pour frapper [illegible] infractions commises hors du territoire.

162. Mais l'infraction a été commise, *sur le territoire fran-* [illegible] individu qui a été poursuivi et jugé à l'étranger : [illegible] peut-il de nouveau être poursuivi et jugé en France? [illegible] hypothèse n'est pas prévue par les textes, et les principes [illegible] s'opposent à ce que la chose jugée à l'étranger épuise [illegible] de poursuite en France. C'est la société française qui a [illegible] directement lésée par l'infraction; c'est en France que l'ordre public a été troublé. La France est donc directement intéressée à la répression, et son droit de juridiction ne saurait être [illegible] par l'existence d'une sentence étrangère qui peut ne [illegible] des garanties suffisantes[5]. Il s'agit de l'application

[illegible] à l'étranger. *Sic*, LABORDE, *op. cit.*, n° 95 ; LE POITTE- [illegible] p. 212. Sur la question générale : FUSINATO, *op. cit.*, p. 66 ; [illegible] p. 31.

[illegible] (*Revue pratique*, 1867, p. 40); BONFILS, *De la com-* [illegible] (*Revue critique*, 1881, p. 461); BARD, *Précis de* [illegible] p. 33, n° 22. Cfr. Metz, 19 juill. 1859 (S. 59.2.641). [illegible] le prévenu avait été l'objet de poursuites en France, mais il [illegible] en Bavière, avant que le jugement fût intervenu. La Cour al- [illegible] autres motifs, pour justifier la deuxième poursuite, les intérêts [illegible] qu'il convient de sauvegarder en ne laissant pas à la charge de [illegible] frais de la procédure instruite en France avant la fuite de l'inculpé [illegible] Cass. belge, 31 déc. 1859 (*J. Palais*, 1862, p. 919); Cass., 21

d'une loi de sûreté. Pour les lois de cette sorte, la France entend garder sa souveraineté exclusive et complète : reconnaissant aux autres nations ce qu'elle réclame pour elle-même, elle admet qu'à l'étranger les lois étrangères de même nature gardent aussi leur souveraineté exclusive et complète et ne s'inquiète de la répression, pour les délits commis hors de son territoire, que si les autorités du pays n'ont pas agi ou n'ont pas pu agir.

170. Les législations étrangères présentent sur la question qui nous occupe une certaine analogie. Presque toutes punissent certains actes délictueux, commis hors du territoire, mais toutes reconnaissent que le même fait *ne doit pas être puni deux fois;* elles diffèrent seulement dans la manière dont elles appliquent ce principe. Les unes (législations norvégienne, suédoise, etc.) décident que l'inculpé, condamné à l'étranger, ne peut plus être poursuivi dans sa patrie, s'il a subi ou prescrit sa peine; les autres (législations autrichienne, danoise) auto-

çaises agissent, dans l'intérêt général des nations civilisées, en révélant le fait délictueux à l'État sur le territoire duquel le coupable s'est réfugié, mais elles n'entendent nullement renoncer au droit de juger. Et d'ailleurs les autorités françaises peuvent-elles valablement renoncer à poursuivre une infraction? Cfr. également dans le même sens : Cour d'assises de Seine-et-Oise, 9 janv. 1883 (S. 83.1.236); Cass., 17 nov. 1886 (*Journal des Parquets*, 1887, art. 88). — Mais en sens contraire : Carnot, *sur l'art. 7 du Code d'inst. crim.;* Faustin Hélie, *op. cit.*, t. II, n° 1042; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, p. 402; Mangin, *De l'action publique*, n° 70; Hérold, *Revue pratique*, 1862, p. 40; Dutruc, *Observations sur l'arrêt de la Cour de Metz du 19 juillet* 1859 (S. 59.2.642); Grand, *Observations sur le même arrêt, Journal du Palais*, 1859, p. 989. Quelques arrêts se sont prononcés dans le même sens : Douai, 31 déc. 1861 (S. 62.1.542); Cour d'assises du Nord, 12 févr. 1862 (S. 62.2.552); Cour d'assises des Pyrénées-Orientales, 18 juill. 1870 (S. 71.2.153). — La commission de la Chambre des députés, qui a été saisie du projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle, déjà voté par le Sénat, propose de trancher la question. Après les mots : « toutefois qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger », elle propose d'ajouter, dans l'article 7 nouveau : « *Il en sera de même de l'étranger qui, pour un crime ou un délit commis en France, aurait été définitivement jugé à l'étranger sur la plainte du gouvernement français* ». Cette disposition a été littéralement insérée dans l'art. 3, § 2, du projet de révision du Code pénal, proposé par la commission de réforme.

risent, même dans ce cas, une nouvelle poursuite, mais en ordonnant au juge de tenir compte, dans sa sentence, de la peine subie à l'étranger; d'autres, enfin (législations allemande et hongroise, Code pénal italien de 1889), distinguent suivant la nature du fait commis à l'étranger, et adoptent le second ou le premier des deux systèmes que nous venons d'indiquer, selon que l'infraction était ou non dirigée contre l'État lui-même. La législation française formerait un quatrième type, puisque, en décidant que tout individu, jugé définitivement par un tribunal étranger, pour une infraction commise à l'étranger, ne peut plus être poursuivi en France, elle ne se préoccupe pas de savoir si le condamné a subi ou prescrit sa peine en totalité ou en partie. Or ce qui est juste, c'est que, pour la même infraction, le coupable ne soit pas *puni deux fois*. Mais il n'y aurait rien d'injuste à le faire *juger deux fois*. En donnant au brocard : *non bis in idem*, cette interprétation : *le même fait ne peut être l'objet de deux jugements*, et non cette autre interprétation plus vraie : *le même fait ne peut être puni deux fois*, la législation française en méconnaît certainement la raison d'être et la portée.

§ XXII. — DES EFFETS QUE PEUVENT AVOIR EN FRANCE LES JUGEMENTS RENDUS PAR DES TRIBUNAUX DE RÉPRESSION ÉTRANGERS

171. Division. Condamnations pénales. Condamnations civiles. — **172.** Les jugements étrangers rendus en matière répressive ne peuvent avoir aucun effet en France. — **173.** Ils ne peuvent être exécutés. Conséquences. — **174.** Ils ne peuvent produire un effet de répercussion aux points de vue des incapacités.

172. *De l'influence en France des condamnations pénales prononcées à l'étranger.* — En se plaçant à un point de vue général, on pourrait soutenir que les nations ayant un intérêt commun à ce que nulle infraction ne reste impunie, l'efficacité des jugements criminels ne devrait pas être limitée aux frontières. Mais cette opinion est, au moins, prématurée. Les lois criminelles des différents peuples sont encore loin de présenter une uniformité absolue. L'organisation des juridictions répressives, les formes de procédure n'offrent pas partout les mêmes garanties. Aussi laisse-t-on, à chaque gouvernement, le soin d'assurer l'exécution des sentences pénales prononcées par ses tribunaux, et l'assistance mutuelle entre les États ne se réalise ici que par l'extradition des condamnés dans les cas où elle est admise. Il en est autrement des jugements étrangers rendus en matière civile. Une sentence de cette espèce a pour objet de faire l'application, à des rapports de droit privé, d'une loi qui doit régler les parties en quelque lieu que le débat s'élève. On comprend donc qu'elle soit susceptible d'acquérir, à l'étranger, la force exécutoire, sous réserve d'une révision plus ou moins complète de l'autorité du pays où il s'agit de la faire exécuter (C. civ., art. 2123; C. proc. civ., art. 546). Cette différence si marquée entre les jugements rendus au civil et les jugements rendus au criminel est consacrée par plusieurs Codes étrangers. Notre législation ne contient pas de dispositions expresses sur ce point. Mais, par cela même qu'elle n'organise pas une procédure d'*exequatur* pour les jugements criminels étrangers, elle reconnaît implicitement qu'ils ne peuvent être exécutés en France. Sur ce point, il n'y a aucun désaccord dans la doctrine et dans la jurisprudence[1]. Nous allons tirer les conséquences de

§ XXII. [1] V. notamment CARNOT, *sur l'art. 7 du Code d'instr. crim.*, nos 7 et 8; LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle*, § 31; FAUSTIN HÉLIE, *op. cit.*, n° 1042; BERTAULD, *Cours de Code pénal*, p. 130; LE SELLYER, *op. cit.*, n° 2505; MANGIN, *op. cit.*, n° 70; KLUBER, *Droit des gens*, § 65; HEFFTER, *Droit international de l'Europe*, p. 74; MARTENS, *Droit des gens*, § 104; WHEATON, *Éléments de droit international*, t. I, p. 140; FŒLIX, *Droit international privé*, t. I, p. 312; FIORE, *op. cit.*, t. II, p. 139; GODDYN et MAHIELS, *Le droit criminel belge au point de vue international*, p. 69; BARD,

cette règle, en nous plaçant à deux points de vue distincts.

173. Une condamnation pénale, prononcée par un tribunal étranger, ne peut jamais être *exécutée* en France. Il en résulte que le Français, condamné en pays étranger, qui se soustrait à l'exécution de la peine par sa fuite en France, bénéficie, avec le texte actuel de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, d'une complète impunité : en effet, les autorités françaises n'ont aucune compétence pour faire exécuter les sentences pénales d'un tribunal étranger; elles ne peuvent pas non plus livrer le condamné à l'autorité étrangère, puisque l'extradition ne s'applique pas aux nationaux; elles n'ont même pas, à raison de sa nationalité, la faculté de l'expulser par voie administrative. Nous sommes ainsi dans une impasse qui aboutit à l'impunité; et rien ne saurait justifier cette conséquence légalement forcée de la fuite ou de l'évasion du coupable. Le projet primitif du gouvernement, en 1866, pour prévenir cette situation, exigeait, non seulement que le prévenu prouvât qu'il avait été définitivement jugé en pays étranger, mais en cas de condamnation, qu'il avait *subi* ou *prescrit* sa peine[2]. Il est regrettable que cette restriction ait disparu dans l'élaboration définitive de la loi.

Précis de droit international, p. 123. — Cfr. *Instit. droit intern., Session de Munich* (1883). Propositions votées sur le rapport de MM. Bar et Brusa, art. 14 : « *L'exécution de la peine ne peut jamais avoir lieu hors du pays où le jugement est prononcé, sauf le cas d'une convention internationale ou conclue entre les membres d'un État formant un système fédératif* ».

[2] Cette lacune, si souvent signalée, est corrigée dans le projet de révision du Code pénal. La rédaction de l'article 5, § 3, du Code d'instruction criminelle, est ainsi modifiée : « Dans tous les cas, aucune poursuite n'a lieu, si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et *qu'il a subi sa*

174. Mais il faut aller plus loin et décider, non seulement qu'un jugement pénal étranger ne peut être rendu exécutoire, mais encore qu'il ne peut produire aucun *autre effet direct* ou *indirect* en France. C'est une conséquence nécessaire d'un principe supérieur : *l'indépendance des souverainetés*. J'applique cette règle à trois situations.

I. Des incapacités ou déchéances de droits peuvent résulter d'une sentence étrangère : quelle est la situation du condamné en France? La question, à raison du silence des textes, a donné lieu à des opinions diverses. Il importe, pour les examiner, de distinguer l'hypothèse où le condamné est *Français*, de celle où il est *étranger*.

a) Si le fait, qui a motivé la condamnation du *Français* à l'étranger, ne constitue pas une infraction à notre loi pénale, si la déchéance que l'on prétend appliquer en France n'est pas édictée par la loi française, on est d'accord pour admettre que l'ordre public s'oppose à ce que l'on reconnaisse l'efficacité de la sentence étrangère en France. L'hésitation n'est possible que si l'infraction est prévue par notre loi pénale et si l'incapacité est édictée, dans des cas analogues, par notre Code pénal.

Les raisons, qui ont été données, pour justifier l'extension, sur notre territoire, de cet effet d'un jugement répressif rendu à l'étranger, ne manquent certainement pas de valeur. Sans doute, on doit refuser la force exécutoire aux jugements criminels rendus par des tribunaux étrangers. Mais les incapacités, qui résultent des condamnations pénales, produisent leur effet de *plein droit; elles ne supposent aucun acte matériel d'exécution*. Il ne s'agit nullement de prêter main-forte à l'accomplissement d'actes prescrits par l'État étranger, et, par conséquent, le principe de la souveraineté nationale n'est pas engagé dans la question. Le coupable a été condamné à l'étranger; c'est un fait dont l'État français ne peut faire abstraction. Pourquoi méconnaître

mand, § 7; C. p. italien, art. 8; C. p. portugais, art. 56. Ce correctif serait, d'ailleurs, en harmonie avec l'idée qui a inspiré la loi du 15 novembre 1892 sur l'imputation de la détention préventive. Et même il faudrait donner au juge le droit d'établir lui-même la compensation entre deux peines qui seront presque toujours différentes. Comp. Le Poittevin, *op. cit.*, p. 214.

l'autorité d'une décision, rendue par des juges compétents, prononçant des peines analogues à celles que nos propres lois édictent pour les mêmes faits? L'article 5, § 3, du Code d'instruction criminelle ne reconnaît-il pas expressément aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, en attachant à la sentence étrangère l'effet d'éteindre l'action publique en France? Les inconvénients de la solution contraire sont d'autant plus graves que l'existence du jugement étranger met obstacle à toute poursuite nouvelle et qu'il est impossible de renouveler le procès pénal dans le seul but de priver le condamné de l'exercice des droits dont il s'est rendu cependant indigne.

Malgré ces considérations, cette opinion doit être repoussée. Car, l'autorité d'un jugement n'ayant d'autre base que la volonté souveraine de l'État au nom duquel il est rendu, l'efficacité d'une condamnation étrangère est nécessairement limitée au territoire même de cet État : priver le condamné de l'exercice de certains droits en vertu d'un jugement étranger, ce serait donc violer le principe de l'indépendance des souverainetés[3]. Une peine étrangère ne peut être appliquée en France. Quant à l'article 5, § 3, du Code d'instruction criminelle, il ne doit pas être invoqué dans le débat. Il reconnaît, il est vrai,

[3] Lorsque la loi a voulu attacher quelque effet de ce genre à un jugement étranger, elle a statué par un texte formel. Nous trouvons un exemple de dispositions de ce genre dans le décret organique du 2 février 1852, relatif à l'élection des députés au Corps législatif. L'article 15 de ce décret prévoit un certain nombre d'hypothèses où l'incapacité électorale résulte d'une condamnation pénale. Il ne vise qu'un seul cas où cette incapacité résulte d'un jugement étranger : le cas de faillite. Il déclare, en effet, incapables, les

un effet important aux jugements criminels étrangers, mais il ne faut pas y chercher la solution de questions qu'il n'avait nullement pour but de résoudre. Il a pour objet unique de consacrer la prééminence de la juridiction territoriale et d'empêcher une nouvelle poursuite, lorsque le juge du lieu du délit a définitivement statué[4].

Une loi particulière, celle du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, contient, dans une application spéciale, un système que nous voudrions voir généraliser. Elle décide, en effet, dans son article 25 *in fine :* « En cas de condamnation prononcée à l'étranger pour un des crimes et délits ci-dessus spécifiés, le coupable pourra également, à la requête du ministère public, être frappé, par les tribunaux français, de suspension temporaire ou d'incapacité absolue de l'exercice de sa profession ». C'est la première application, en France, de l'action spéciale en déchéance, organisée par un certain nombre de législations étrangères[5].

[4] La Cour de cassation a consacré cette solution dans un arrêt du 14 avril 1868 (S. 68.1.183). Voy. également une note de M. Jozon dans la *Revue de droit international,* 1869, p. 99. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un Français condamné pour vol par le tribunal belge de Charleroi. La Cour a décidé que *les jugements répressifs étrangers ne pouvant être exécutés de plein droit, ni déclarés exécutoires en France,* les incapacités attachées à la condamnation par la loi étrangère ne se produisaient pas sur notre territoire. D'ailleurs, « *il ne peut appartenir à une autorité étrangère de priver un Français de ses droits politiques et de modifier la composition du corps électoral* ». La jurisprudence belge (Cass. belge des 10 sept. 1869 et 26 déc. 1876), et la jurisprudence italienne (Turin, 14 déc. 1878, *Journal de droit international privé,* 1881, p. 440) se prononcent dans le même sens. Ce journal cite également un arrêt de la Cour de Gênes, du 19 décembre 1877, qui a consacré la même solution.

[5] Quelques législations, sans reconnaître aucun effet à la sentence étrangère, organisent une *action spéciale en déchéance,* qui a pour but de priver les nationaux, condamnés à l'étranger, des droits dont ils auraient été privés, s'ils avaient été condamnés par les tribunaux de leur pays. Cfr. C. p. suédois de 1864; C. p. allemand, § 37 (*Annuaire,* 1872, p. 93. Le Code pénal prussien de 1851 contenait une disposition analogue. Voy. sur l'application : Franz von Liszt, *Lehrbuch,* p. 103, éd. de 1897); C. p. hongrois, § 15 : « Si le sujet hongrois a commis à l'étranger un acte qui, aux termes du présent Code, entraîne avec soi la perte de la fonction ou la suspension de

b) La seconde hypothèse à prévoir est celle dans laquelle le condamné est *étranger*.

Lorsque la condamnation émane d'un autre État que celui auquel appartient le condamné, le seul principe en jeu est celui de l'indépendance des souverainetés, et la solution donnée dans l'hypothèse précédente doit être reproduite.

Mais quand le jugement a été prononcé par les tribunaux de la nation à laquelle le condamné appartient, un nouveau principe intervient, celui de la *personnalité des statuts relatifs à l'état et à la capacité des personnes*. En effet, les lois qui déterminent cet état et cette capacité régissent les Français, même résidant à l'étranger; par une juste réciprocité, l'étranger doit être régi en France par sa loi personnelle (C. civ., art. 3). Comment contester, dès lors, l'autorité de la sentence qui a précisément appliqué cette loi personnelle? Comment distinguer entre une incapacité prononcée *directement par la loi de l'étranger* et une incapacité *déclarée par un tribunal en conformité de cette loi?* Le tribunal étranger n'est que l'organe et l'interprète de la loi; c'est la loi dans une application particulière. Reconnaître l'autorité de la loi, c'est reconnaître l'autorité de la décision judiciaire qui l'applique. Cette opinion ne compte cependant qu'un petit nombre de partisans[6]. On décide généralement que les incapacités, encourues par un étranger, à la suite d'une condamnation prononcée dans son pays d'origine, n'ont aucun effet en France. C'est la doctrine la plus conforme au principe de la territorialité des lois et des sentences pénales.

l'exercice des droits politiques, pour l'application de la peine accessoire, on

Les incapacités que les lois pénales font dériver de certaines condamnations constituent, en réalité, de véritables *peines*, et comme telles, elles ne doivent produire aucun effet extra-territorial. Les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, dont parle l'article 3 du Code civil, ne peuvent être que des *lois civiles*. La loi qui frappe d'une déchéance l'individu reconnu coupable d'un fait délictueux est une loi *pénale* : son efficacité est donc limitée au territoire[7].

En résumé, l'individu (Français ou étranger), condamné par un tribunal étranger, n'encourt, en France, aucune des incapacités ou déchéances qui peuvent résulter de la condamnation. Ce principe est fécond en conséquences : 1° Le condamné échappera à toutes les incapacités et déchéances qui seraient prononcées *expressément* par le juge étranger; 2° Il ne sera pas soumis aux incapacités ou déchéances qui pourraient résulter *accessoirement* et *tacitement* du jugement étranger; 3° Il n'encourra aucune des déchéances qui pourraient être attachées à la condamnation pénale par des dispositions contenues dans le Code civil (art. 727, 221, 232).

II. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers peuvent-ils constituer le prévenu ou l'accusé en état de récidive, soit au point de vue de l'application des articles 56 à 58 du Code pénal, soit au point de vue de l'application de la loi du 27 mai 1885? Nous ne le pensons pas. Ce serait donner effet à un jugement hors du territoire de l'État au nom duquel il est rendu. En l'absence d'un texte, les tribunaux français ne peuvent être *contraints* d'augmenter la peine prononcée par la loi française, ou de prononcer une peine nouvelle par suite de l'existence d'un jugement étranger[8]. Ils ne peuvent non plus s'appuyer, pour

[7] *Sic*, Aubry et Rau, t. I, p. 98, texte et note 40; Demolombe, t. I, p. 198; Bard, *op. cit.*, n° 92. Cfr. Paris, 16 janv. 1836 (S. 36.2.70). C'est l'affaire célèbre de l'interdiction du duc de Brunswick.

[8] Dans ce sens : Cass., 27 nov. 1828 (D. J. G., v° *Peine*, n° 265); 3 juill. 1863 (D. 65.1.318); Aix, 14 avr. 1875 (D. 76.2.108); Cass., 3 avr. 1875 (D. 75.1.150); Besançon, 15 janv. 1879 (S. 79.2.104). Les auteurs sont unanimes dans le même sens : Blanche, n° 450; Hélie et Chauveau, *op. cit.*, t. I, n° 216; Domenget (*Rev. crit.*, t. I, p. 701); L. Renault (*Rev. crit.*, 1881, p. 467); Delourme, *op. cit.*, p. 123.

refuser le sursis à exécution, sur une condamnation de cette nature.

III. L'étranger, condamné par un tribunal de son pays, à raison d'un crime commis en France, peut, avons-nous dit, être poursuivi et condamné en France pour le même fait. Y a-t-il lieu d'ordonner, dans ce cas, que la peine prononcée se confondra avec celle encourue à l'étranger? Évidemment non : ou bien les jugements étrangers peuvent produire un effet en France, ou bien ils ne le peuvent pas. Dans le premier cas, les tribunaux ne sauraient être saisis à nouveau d'un procès qui a été déjà jugé; dans le second, il ne doit être tenu aucun compte du jugement étranger, et une condamnation nouvelle s'imposera.

175. En résumé, les sentences pénales étrangères ne produisent, en France, d'autre effet que celui qui est expressément prévu par l'article 5, § 3, du Code d'instruction criminelle. Elles n'ont, en dehors de l'*effet négatif* que leur attribue ce texte, ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire[9].

Néanmoins il est utile à un État de connaître les condamnations prononcées à l'étranger contre ses nationaux. Si le Français, condamné à l'étranger, est poursuivi en France, à raison d'une nouvelle infraction, la sentence étrangère permet de mieux apprécier la culpabilité, en éclairant le juge sur les antécédents judiciaires du prévenu. Le juge répressif, en effet, a une certaine latitude dans la fixation de la peine : il peut se mouvoir entre un *maximum* et un *minimum*. D'un autre côté, si l'existence d'une condamnation prononcée par un tribunal étranger n'est pas de nature à justifier l'application des peines de la récidive, du moins, elle détermine parfois le juge à prononcer le

encourue en France, du sursis à exécution dont le prononcé est facultatif pour le juge. L'échange des bulletins de condamnation présente donc une utilité incontestable. Des conventions diplomatiques ont été conclues, dans ce but, par la France, avec un certain nombre d'États européens[10], notamment avec l'Allemagne, pour l'Alsace-Lorraine seulement[11], avec l'Autriche, la Belgique, la Bavière, le grand duché de Bade, l'Italie, le Luxembourg, la Suisse et le Pérou. La transmission a lieu par voie diplomatique.

176. *De l'influence en France des condamnations civiles prononcées à l'étranger.* — Les jugements étrangers, qui accordent des dommages-intérêts à un individu lésé par une infraction, peuvent-ils être rendus exécutoires en France? Sont-ils soumis, au contraire, aux mêmes règles que les jugements qui statuent sur l'action publique?

La solution de cette question dépend de la nature que l'on reconnaît à l'action en dommages-intérêts qui naît de certains faits délictueux. L'action civile, qui se distingue si nettement de l'action pénale, soit au point de vue de sa cause juridique, soit au point de vue de son objet, s'en rapproche, en effet, à certains égards. Elle naît, en définitive, du même fait, et cette communauté d'origine n'est pas sans influence sur les règles auxquelles elle est soumise.

1° En droit commun, une action en dommages-intérêts est, à raison de sa nature même, de la compétence exclusive des tribunaux civils : au contraire, l'action en dommages-intérêts, née d'une infraction à la loi pénale et non d'un simple délit ou

[10] V. Circulaire du garde des sceaux, du 5 mai 1877 (*Bulletin officiel du ministère de la Justice*, 1877, p. 54).

[11] La convention entre la France et l'Allemagne, signée à Francfort le 11 décembre 1871, règle, dans son article 6, l'échange des extraits de casier judiciaire et des bulletins de condamnation : Article 6 : « ... L'Empire allemand remettra à l'avenir, sans frais, à la France, les bulletins des condamnations prononcées par les tribunaux *des territoires cédés* contre des individus de nationalité française. Réciproquement, la France remettra à l'avenir, sans frais, à l'Allemagne, les bulletins des condamnations prononcées par ses tribunaux de répression contre des individus originaires des territoires cédés qui seraient devenus sujets allemands ».

quasi-délit civil, peut être portée *devant le tribunal répressif saisi de l'action publique* (C. instr. cr., art. 3).

2° Une action en dommages-intérêts ordinaire se prescrit par trente ans. D'après notre Code d'instruction criminelle, l'action civile se prescrit *par le même laps de temps que l'action publique* (C. instr. cr., art. 637 et 638).

On pourrait être tenté d'en conclure que l'action civile n'est que l'accessoire de l'action publique et que le jugement étranger, qui se fonde sur un fait délictueux pour prononcer des dommages-intérêts, doit suivre le même sort que le jugement qui prononce une peine, et rester, comme lui, inefficace sur notre territoire.

Il est un premier cas où cette conclusion serait inexacte. C'est celui où la partie lésée a porté son action devant un tribunal *civil*. Le jugement, qui statue sur une demande en dommages-intérêts, est un jugement d'ordre essentiellement privé. Le but de l'action est la réparation d'un *préjudice individuel;* les intérêts en jeu sont des *intérêts privés;* le jugement a pour effet d'*indemniser* et non de *punir*. Si l'intérêt social exige que l'action en réparation s'éteigne en même temps que l'action pénale, c'est là une dérogation aux principes généraux qui s'explique par des considérations d'ordre public : l'infraction est réputée oubliée, il ne faut pas que l'exercice d'une action privée puisse en réveiller le souvenir. Mais, de cette disposition exceptionnelle, il ne résulte pas qu'il faille considérer l'action civile comme l'accessoire de l'action pénale. De ce que *la peine* prononcée par une sentence pénale étrangère ne peut être exécutée en France, il ne s'ensuit pas non plus que la condamnation à des

possède des biens en France, la partie lésée doit être autorisée à les faire saisir et à les faire vendre. En résumé, lorsqu'il s'agit d'une créance *civile,* constatée par une juridiction *civile,* nous sommes dans le texte et dans l'esprit de l'article 546 du Code de procédure : l'*exequatur* est possible.

La question est plus délicate si l'action civile a été portée devant le tribunal de répression, saisi de l'action publique. Si l'on s'attache à la nature de la juridiction qui a statué, le jugement est un jugement *répressif;* or, la loi n'organise la procédure d'*exequatur* que pour les jugements *civils.* Certaines décisions de jurisprudence semblent, en effet, considérer les condamnations civiles prononcées par un tribunal de répression étranger, comme n'étant pas susceptible de recevoir l'*exequatur.* Mais cette solution nous paraît inexacte. La nature d'une décision dépend de la nature de la question soumise au juge et non du caractère de la juridiction saisie. Pour quel motif établirait-on une distinction entre des décisions se prononçant sur le *même procès,* parce que les unes émanent de tribunaux de répression, et les autres, de tribunaux civils? Je conclus donc à la possibilité, pour la partie lésée, dans les conditions ordinaires de la procédure civile, de rendre exécutoire, en France, un jugement d'un tribunal de répression étranger, lui accordant des dommages-intérêts.

177. Ces principes vont nous permettre de déterminer l'influence, soit de la solution donnée à l'*action pénale,* soit de l'exercice de cette action même, sur le sort de l'*action civile,* intentée où à intenter en France.

a) Cette influence, en cas de jugement rendu par les tribunaux étrangers sur l'action pénale, n'a rien de commun avec l'autorité de la chose jugée. A défaut d'un texte spécial, il résulte, du principe même qui refuse tout effet en France à un jugement émanant d'un tribunal de répression, que ce jugement, qui a force de chose jugée en France au point de vue de l'action publique, en ce sens qu'il l'épuise, ne peut exercer, sur l'action civile, née du même fait, l'influence nécessaire et forcée qu'exercerait un jugement rendu par un tribunal français. Ainsi, une demande en séparation de corps ne pourrait pas être

exclusivement fondée sur une *condamnation* pour adultère, prononcée en pays étranger par le juge compétent. Sans doute, le *fait* même d'adultère serait, à bon droit, retenu pour baser la demande ou motiver le jugement de séparation de corps; mais il n'appartiendrait ni à l'époux demandeur ni au tribunal de se borner à constater la condamnation pour en tirer les conséquences juridiques, car ce serait attribuer à une sentence pénale étrangère force de chose jugée en France[12].

b) Puisque le jugement rendu en pays étranger sur l'action pénale ne peut acquérir force de chose jugée par rapport à l'action civile, il est évident que le tribunal français, saisi d'une action en dommages-intérêts, née d'une infraction commise en pays étranger ou en France, n'a pas à surseoir, conformément à l'article 3, § 2, du Code d'instruction criminelle, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'action publique, intentée, à l'étranger, avant ou pendant la poursuite de l'action civile. La règle du sursis, qui est établie à raison des rapports nécessaires des deux jugements, n'a aucune application lorsque les juridictions saisies, l'une de l'instance civile, l'autre de l'instance pénale, sont et doivent rester indépendantes dans leurs décisions.

c) Mais l'indépendance des juridictions françaises et des juridictions étrangères est-elle absolue? Le jugement d'un tribunal étranger ne peut-il pas avoir, en France, un caractère préjudiciel vis-à-vis du juge de répression? Je m'explique en prenant un exemple. Une femme étrangère, poursuivie en France pour adultère, excipe de la nullité de son mariage, contracté dans un autre pays. La jurisprudence française estime, — à tort ou à raison, je n'ai pas à l'examiner ici, — que la question de validité du mariage, si elle est soulevée dans un conseil de guerre

de la renvoyer devant les tribunaux civils nationaux. Mais, dans l'espèce, le tribunal compétent pour connaître de la question d'état, incidemment soulevée dans la poursuite, est un tribunal étranger : cette différence change-t-elle la situation? Je ne le pense pas. Si l'on admet, en effet, que la connaissance de la question de validité du mariage échappe au juge de répression, il faut bien en conclure que la décision du tribunal étranger, qui annulera le mariage, fera tomber l'action publique intentée pour adultère en France. D'une part, en effet, les étrangers sont régis, quant à leur état et à leur capacité, par leur loi nationale; d'autre part, les tribunaux étrangers sont seuls compétents pour décider si le mariage, contracté dans leur pays par des étrangers, est nul ou valable. La combinaison de ces règles conduit donc à subordonner le résultat d'une poursuite, engagée devant un tribunal de répression français, à un procès engagé devant un tribunal étranger.

§ XXIII. — DE LA POLICE DES ÉTRANGERS EN FRANCE[1]

(D. 2 oct. 1888; L. 8 août 1893; L. 3 déc. 1849, art. 7, 8 et 9.)

178. Surveillance des étrangers en France. Expulsion. — **179.** Critique de ces diverses mesures.

178. Indépendamment des lois pénales, qui sont applicables aux étrangers comme aux Français (C. civ., art. 3), il existe des lois qui sont spéciales aux premiers et forment la *police particulière* des étrangers en France. Nous signalerons particulièrement trois dispositions.

I. Un décret du 2 octobre 1888 impose aux étrangers, à leur arrivée en France, diverses prescriptions destinées à rendre leur surveillance possible. Tout étranger, non admis à domicile, qui se propose d'établir sa résidence en France, est tenu de faire, dans le délai de quinze jours, à partir de son arrivée, une déclaration au maire de la commune (art. 1), déclaration qui

§ XXIII. [1] Copineau et Henriet, *Le séjour des étrangers en France*, 1894.

doit être renouvelée lors de chaque changement de domicile (art. 3). L'article 3 ajoute : « Les infractions aux formalités « édictées par le présent décret seront punies des peines de « simple police, sans préjudice du droit d'expulser qui appar- « tient au ministre de l'intérieur en vertu de la loi du 3 décembre « 1849 ». Ces dispositions ont fait simplement revivre des lois ou des règlements antérieurs, tombés en désuétude, bien que non abrogés[2], et qu'on pouvait tirer de l'oubli, si on le croyait nécessaire, sans qu'il fût besoin d'un texte nouveau. Le décret de 1888 soulève, en effet, une question grave : dans quelle mesure le chef de l'État possède-t-il le pouvoir réglementaire et peut-il prononcer une peine pour sanctionner les dispositions de police qu'il croit devoir prendre dans l'intérêt général[3]?

II. La loi du 8 août 1893, relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national, contient des prescriptions analogues à celles du décret de 1888. Comme le décret, elle impose aux étrangers certaines déclarations : « Tout « étranger non admis à domicile, *arrivant dans une commune* « *pour y exercer une profession, un commerce ou une indus-* « *trie,* devra faire à la mairie une déclaration de résidence, en « justifiant de son identité, dans les huit jours de son arrivée « (art. 1) ». Le caractère spécial de la loi est marqué, par les mots que nous avons soulignés et par sa rubrique même : loi relative au séjour des étrangers en France et *à la protection du travail national*. Le décret de 1888 n'organise que des mesures de police, destinées à renseigner l'administration sur les mouvements de la population étrangère. La loi de 1893 cherche à protéger la main-d'œuvre nationale. Deux différences princi-

de 1888 frappe les contrevenants d'une peine de police, la loi de 1893 établit des peines correctionnelles : amendes de 50 à 200 francs, de 100 à 300 francs, emprisonnement de un à six mois (art. 3). L'article 4 dit, en outre : « Toute personne qui emploiera « sciemment[4] un étranger non muni du certificat d'immatricula- « tion sera passible des peines de simple police ». Ainsi, malgré l'analogie de leurs prescriptions, la loi de 1893 n'a pas abrogé le décret de 1888. Chacune de ces dispositions conserve sa sphère distincte d'application.

III. Le droit que possède chaque nation d'assurer sa sécurité, l'autorise à repousser de son territoire l'étranger dont la conduite, les habitudes, les antécédents sont ou deviennent un danger. C'est en vertu de cette idée que presque toutes les législations édictent, au profit du gouvernement, le droit d'expulser l'étranger par simple mesure de police[5]. Ce sont les articles 7, 8 et 9 de la loi du 3 décembre 1849 qui réglementent, en France, cette faculté.

Pour les Français, le séjour en France est un droit absolu qui ne peut être enlevé que par une condamnation pénale[6]. Les étrangers ont également la faculté de séjour, en se conformant aux obligations spéciales de police qui leur sont imposées par le décret de 1888 et la loi de 1893; mais cette faculté n'est qu'une simple tolérance qui peut leur être retirée *ad nutum*. Déjà, l'article 272 du Code pénal décidait que les individus, condamnés pour vagabondage, pouvaient, s'ils étaient étrangers, être conduits à la frontière par ordre du gouvernement. La loi du 3 décembre 1849 a généralisé cette disposition. L'expulsion est ordinairement individuelle; quelquefois, elle est prononcée à titre

[4] Sur le sens de ce mot « sciemment » : Cass., 6 nov. 1896 (*Pand. franç.*, 97.5.11).

[5] Voy. Arthur Desjardins, *La loi de 1849 et l'expulsion des étrangers* (*Revue des Deux-Mondes*, 1882, t. I, p. 657).

[6] Cette condamnation résulte de la prononciation du bannissement (C. p., art. 32 et 33). Nous verrons aussi qu'aux termes de son article 3, § 3, la loi du 14 mars 1872, qui établit des peines contre les affiliés de l'association internationale des travailleurs, donne au gouvernement la faculté d'expulser, pour une durée maxima de dix ans, les Français condamnés en vertu de cette loi.

de mesure collective : c'est ainsi qu'un arrêté du gouvernement de la défense nationale, en date du 16 septembre 1870, a exclu tous les étrangers appartenant aux pays en guerre avec la France. Les conditions de fait dans lesquelles s'exercent les expulsions individuelles varient suivant qu'il s'agit d'étrangers ayant ou non encouru des condamnations correctionnelles en France. Dans le premier cas, l'étranger est, de plein droit, l'objet d'une instruction à fin d'expulsion, et, le plus souvent, à l'expiration de sa peine, il est conduit à la frontière de son pays d'origine[1]. Dans le second cas, les mesures d'expulsion sont, au contraire, rares et exceptionnelles. La loi de 1849 ne prévoit que l'expulsion définitive qui peut, du reste, être toujours rapportée. La loi du 8 août 1893 a prévu les interdictions temporaires de séjour (art. 3, § 2).

En règle générale, c'est le ministre de l'intérieur qui, par arrêté individuel, prononce les expulsions; dans les départements frontières, les préfets ont les mêmes droits, mais seulement en ce qui concerne les étrangers non résidants. Lorsque l'expulsion est prononcée contre un étranger ayant obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, l'expulsion cesse d'avoir effet après un délai de deux mois si l'autorisation de domicile n'a pas été révoquée dans la forme régulière (L. 3 déc. 1849, art. 7). Toute mesure d'expulsion contre un étranger procède de l'autorité administrative. Un tribunal ne pourrait, sans excès de pouvoir, décider qu'à l'expiration de sa peine, le condamné sera reconduit à la frontière.

L'article 8 de la loi du 3 décembre 1849 édicte les peines encourues par l'étranger frappé d'une mesure d'expulsion :

« prisonnement d'un mois à six mois. Après l'expiration de sa « peine, il sera conduit à la frontière ». Cette disposition a été reproduite par la loi du 8 août 1893 (art. 3, § 3).

179. Ces dispositions qui soumettent les étrangers à une réglementation spéciale ont été, avec quelque raison, critiquées. Les premières procèdent d'un sentiment d'exclusivisme qui n'est guère en rapport avec le cosmopolitisme moderne; elles peuvent amener des représailles. Ce sont, au fond, des tracasseries désagréables pour ceux qui les subissent et inutiles pour ceux qui prétendent en profiter. Les secondes sont certainement légitimes[8]. Si les étrangers ne cherchent en France que l'hospitalité, il faut évidemment qu'ils la trouvent. Mais s'ils profitent de leur séjour pour compromettre la tranquillité et l'ordre, le droit de les expulser est incontestable. Il serait, toutefois, désirable de soumettre l'exercice de cette mesure à une procédure et à des garanties plus sérieuses que celles qui existent actuellement en France[9].

§ XXIV. — DE L'EXTRADITION[1]

180. L'extradition. — **181.** Elle rentre dans le droit international. — **182.** Fondement rationnel de l'extradition. — **183.** Rôle de l'État auquel on demande l'extradition. Lois. Traités, Coutumes. — **184.** Conditions de l'extradition. —

[8] Voy. cependant : von Bar, *L'expulsion des étrangers* (*Journ. de droit inter. privé*, 1886, p. 6 à 16). Il n'existe en Allemagne aucune loi qui réglemente le séjour des étrangers. Le C. p. (§ 39-2°), dit seulement que l'étranger, condamné à la peine de la surveillance, peut être expulsé du territoire fédéral, par une décision des autorités supérieures de police. La loi belge du 6 février 1885 exige formellement, pour l'expulsion, un arrêté royal, qui doit, pour sa validité, être délibéré en conseil des ministres (art. 1er).

[9] Les Chambres ont été saisies de projets et propositions modifiant la loi de 1849 et qui n'ont pas abouti. Voy. Weiss, *Traité théorique et pratique*, t. II, p. 90 et 91.

§ XXIV. [1] Bibliographie : Billot, *Traité de l'extradition*, 1874; Paul Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradition*, 2 vol., 1882 (La 2e éd., datant de 1890, a été mise au courant par Weiss et L. Lucas); Bomboy et Gilbrin, *Traité pratique de l'extradition*, Paris, 1886; Clarke, *Treatise*

185. Quant aux personnes qui peuvent être extradées. — **186**. Quant aux infractions susceptibles d'extradition. — **187**. Procédure de l'extradition. — **188**. Effets de l'extradition. Principe de la spécialité. — **189**. Les tribunaux de l'État requérant peuvent-ils juger le fait sous une autre qualification que celle qui lui a été donnée dans l'acte d'extradition?

180. La souveraineté de chaque État expire à sa frontière; mais il est une institution, complémentaire du droit de punir, qui vient étendre, dans les rapports internationaux, l'action de la justice répressive : c'est l'*extradition*. L'extradition est l'acte par lequel l'État, sur le territoire duquel un *condamné* ou un *inculpé* s'est réfugié, le livre à l'État qui a compétence pour lui faire subir sa peine ou le faire juger.

181. L'extradition rentre dans le droit international, car elle met en rapport deux États, à l'occasion d'une infraction, commise ordinairement sur le territoire de l'un, par un individu qui s'est réfugié sur le territoire de l'autre. Aussi les règles qui la gouvernent n'ont rien d'absolu ni d'invariable. Elles résultent soit des coutumes et des lois locales, soit des traités internationaux[2]. Jusqu'ici, elles n'ont pas été codifiées en France. Cepen-

upon the law of extradition, 1874; Ducrocq, *Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'extradition* (*Rev. crit.*, t. XXIX, p. 481, et t. XXX, p. 1); Villefort, *Des traités d'extradition de la France avec les pays étrangers*, Paris, 1851; Bonafos, *De l'extradition*, Lyon, 1866; Blondel, *Monographie de l'extradition*, Paris, 1866; Brouchoud, *De l'extradition entre la France et l'Angleterre*, Lyon, 1866; De Vazelhes, *Étude sur l'extradition*, suivie du texte des traités franco-belge de 1874 et franco-anglais de 1843 et 1876, Paris, 1877; L. Renault, *Étude sur l'extradition en France*, Paris, 1876; H. Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, Leipzig, 1887. Aj., dans le *Bulletin de la soc. de légis. comp.* : Étude par M. Desjardins *sur*

dant, le 2 mai 1878, il avait été présenté au Sénat, au nom du gouvernement, un projet de loi sur l'extradition des malfaiteurs[3].

Ce serait une chose nouvelle, dans notre pays, qu'une loi sur l'extradition. L'Assemblée constituante, dans un décret du 17 février 1791, avait bien décidé « que le comité de constitution se réunirait incessamment au comité diplomatique pour proposer une loi sur l'extradition réciproque des prévenus de certains crimes entre la France et les autres nations de l'Europe ». Mais cette résolution était demeurée sans effet, et, jusqu'en 1878, aucun gouvernement n'avait repris le projet de l'Assemblée constituante et essayé de régler *législativement* la matière de l'extradition. On pensait que l'extradition, étant toujours le résultat d'une *convention* entre puissances, rentrait dans les attributions du pouvoir exécutif; qu'elle intéressait, avant tout, les relations internationales sur lesquelles ce pouvoir est chargé de veiller, et on y voyait matière, bien plus à conventions diplomatiques, qu'à prescriptions législatives. Depuis 1871, il est vrai, de même que sous la République de 1848, nos assemblées législatives ne sont pas restées étrangères aux questions d'extradition; aujourd'hui, comme à cette époque, les traités *généraux* d'extradition, conclus par le gouvernement, ont été soumis aux Chambres, et des lois *spéciales* ont été rendues pour en autoriser la mise à exécution. Mais, sans examiner si la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 impose au gouvernement l'obli-

plément, v° *Traités internationaux*. La France a conclu des traités avec presque tous les pays de l'Europe et avec les États-Unis. La Russie, avec laquelle nous n'avons pas de traité, accorde l'extradition des individus accusés de crimes graves. Par réciprocité, nous accordons des extraditions à la Russie dans les mêmes conditions. Le traité franco-belge, du 15 août 1874, nous apparaît comme le plus approprié à servir de type aux traités que la France conclura dans l'avenir. C'est du reste, le plus souvent appliqué, car c'est surtout avec la Belgique que nous pratiquons l'échange des malfaiteurs.

[3] V. le *Journal officiel* du 16 mai 1878 (*Exposé des motifs*); des 16 et 17 janvier 1879 (*Rapport* de M. Bertauld); des 19, 23 et 28 mars 1879 (1re délibération du Sénat); des 4 et 5 avril 1879 (2e délibération). Comp. L. Renault, *Le projet de loi sur l'extradition devant le Sénat* (*Le Droit*, nos des 3, 7 et 8 avril 1879).

gation de soumettre aux Chambres les traités d'extradition[4], je remarque que la décision des Chambres, rendue sous forme de ratification de traités, ne peut avoir d'effet que sur ces traités et à l'égard des puissances qu'ils engagent. Une *loi générale* sur l'extradition aurait une plus grande portée : 1° Elle inscrirait, dans notre législation, un ensemble de principes et de garanties, qui serviraient de base à tous les traités d'extradition que nous pourrions conclure avec les gouvernements étrangers; 2° Elle préciserait et limiterait les pouvoirs du gouvernement dans le cas d'extraditions demandées par des puissances qui n'auraient pas de traités avec la France; 3° Enfin, — et surtout — elle déterminerait les formes générales de l'extradition[5]. Il

[4] La loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 8, porte : « *Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres* ». Les traités d'extradition rentrent-ils dans cette énumération? Malgré l'opinion du rapporteur de la loi, M. Laboulaye (D. 75.4.115), nous ne le pensons pas. Des traités d'extradition n'affectent pas, au sens propre du mot, *l'état des personnes*, qui n'est autre chose que l'ensemble des droits civils et politiques d'un individu. En effet, le gouvernement requis, en accordant l'extradition, n'enlève aucun droit à l'extradé; il le replace simplement dans la situation qu'il avait avant sa fuite. *Sic*, A. Curet, *Des conventions d'extradition* (*La France judiciaire*, 1883, p. 286), qui soutient même que le projet de loi, voté par le Sénat, en 1879, eût été inconstitutionnel.

[5] Tel est, en effet, le triple but que se proposait le projet de loi dont nous parlons. Ce projet avait été, du reste, inspiré par l'exemple de plusieurs États, qui ont pratiqué la réglementation de l'extradition par voie législative. L'Angleterre, la Belgique, la Hollande, les États-Unis, ont fait des lois qui contiennent les règles générales sur les cas d'extradition et sur les mesures d'instruction administrative et judiciaire qui doivent la précéder. La loi anglaise est de 1870; elle a été modifiée et complétée par un acte du Parlement, du 5 août 1873 (*Annuaire de législation étrangère*, 1872, p. 11, et 1874, p. 75). Les Pays-Bas ont une loi du 6 avril 1875, sur l'extradition (*id.*, 1876, p. 650). Il en est de même de la Belgique : la loi du 15 mars 1874 établit les principes dont le gouvernement ne peut s'écarter dans la conclusion des traités (*id.*, 1875, p. 404). Les États-Unis ont, sur l'extradition, un acte du 12 août 1848. En Italie, le Code pénal de 1889 pose certains principes, tels que le refus de l'extradition pour délits politiques ou délits connexes (art. 9). Une commission a été nommée, il y a quelques années, dans

serait donc à souhaiter que ce projet de loi, qui paraît abandonné, après avoir été adopté par le Sénat, soit repris et aboutisse, et que la France soit dotée d'une *loi intérieure* sur l'extradition.

Nous allons examiner successivement : 1° le fondement de l'extradition ; 2° ses conditions ; 3° sa procédure ; 4° ses effets [6].

ce dernier pays, pour l'établissement d'un projet de loi sur l'extradition. En 1892, la Suisse s'est donnée une loi fédérale sur l'extradition. Voy. J. Berney., *La nouvelle loi suisse sur l'extradition des malfaiteurs aux pays étrangers* (*Rev. de droit intern.*, 1892, p. 219). Cfr. Haus, t. II, nos 951 à 979 ; Rolland, *France judiciaire*, t. III, p. 515 ; Bernard, *op. cit.*, t. II, p. 33 et s. Mais il n'existe de loi sur l'extradition ni en Allemagne, ni en Autriche. — En somme, on peut constater, en matière d'extradition, une double tendance : d'une part, la substitution du régime *législatif* au régime *conventionnel* ; d'autre part, l'intervention de plus en plus marquée du *pouvoir judiciaire* dans l'examen de la légalité et des conditions de l'extradition. Les divergences profondes qui séparent encore les législations pénales des pays civilisés, l'intérêt international de la répression, qui varie avec l'éloignement plus ou moins grand des divers États, semblent faire obstacle, au moins pour l'époque actuelle, à la réalisation de l'idée mise en avant par quelques jurisconsultes (MM. von Liszt, en Allemagne, et Bernard, en France) et par le seizième congrès des juristes allemands de 1882, d'une convention générale d'extradition, sorte de loi internationale universelle, réunissant tous les peuples civilisés en une gigantesque compagnie d'assurance mutuelle contre le crime. Voy. Prins, *De quelques idées modernes en matière d'extradition* (*Rev. de droit intern.*, t. XI, 1879, p. 80 et suiv.).

[6] Nous ne trouvons aucun renseignement sur les extraditions, dans le *Compte général de la justice criminelle*, jusqu'en 1851. A dater de cette époque et jusqu'en 1864, on donne, dans les documents statistiques annuels, le nombre des extraditions dont le ministère de la justice a eu à s'occuper. En 1864, on restreint les renseignements aux extraditions *obtenues*. Enfin, depuis 1874, il n'est plus question que des extradictions *réalisées*. De 1851 à 1863, il avait été *demandé* à la France, par les gouvernements étrangers, ou à ceux-ci par la France, 1.624 extradictions. De 1864 à 1872, il en a été *accordé* 1.711. De 1874 à 1880, il en a été *effectué* 2.523 ; de 1881 à 1885, 2.100. — Des 2.523 extraditions effectuées pendant la période de 1874 à 1880, 1.334, plus de la moitié, 53 p. 0/0, ont été accordées par la France, et 1.189 obtenues par elle. Les pays auxquels appartenaient les 1.334 malfaiteurs que notre gouvernement a livrés, sont par ordre : la Belgique, 755 ; l'Italie, 243 ; la Suisse, 132 ; l'Allemagne, 105 ; l'Espagne, 56 ; l'Angleterre, 26 ; la Hollande, 9 ; l'Autriche, 4 ; le Danemark, 2 ; le Portugal, 1 ; la principauté de Monaco, 1. Plus de la moitié des extradés, 1.264, étaient poursuivis pour

182. *Quel est le fondement de l'extradition?* — Un Belge commet un meurtre en France : de quels tribunaux est-il justiciable? Des tribunaux français et des tribunaux belges : la France et la Belgique sont donc, pour lui, des pays dangereux : il se réfugie en Italie, dont la juridiction pénale ne l'inquiétera pas, car la loi italienne, comme la nôtre, ne punit pas les crimes commis hors du territoire italien par des étrangers. Si nous en restions là, tous les pays deviendraient lieux d'asile vis-à-vis les uns des autres. Avec la facilité des communications internationales, quels ne seraient pas les inconvénients d'un pareil système? A condition de prendre le train assez vite et de passer la frontière, on jouirait de la plus complète impunité. Aussi les idées inexactes que l'on se faisait autrefois de l'*indépendance respective des États* et du *droit d'asile,* idées nées du respect exagéré de la majesté divine et de la royauté, tout cela n'est plus de notre temps : *l'intérêt réciproque des nations* les amène à livrer les malfaiteurs à leurs juges naturels, c'est-à-dire, avant tout, aux juges du pays où le crime a été commis : *prudentia politica,* dit un ancien auteur, *suadet deditionem universam.* Les États doivent s'unir dans l'œuvre qui les intéresse tous, la prévention et la punition des crimes. Or, l'assurance que la fuite ne peut faire échapper au châtiment, la

vols ou abus de confiance, 322 l'étaient pour banqueroute frauduleuse, 268 pour faux, 193 pour assassinat ou meurtre; enfin, 476 avaient à répondre de divers autres crimes ou délits. — Des 2.100 extraditions effectuées de 1881 à 1885, 1.301 l'ont été par la France sur la demande des gouvernements étrangers, et 799 par ceux-ci à la France. Les extradés, que la France a remis aux États requérants appartenaient par leur nationalité : 742 à la Belgique; 222 à l'Italie; 147 à la Suisse; 114 à l'Allemagne; 31 à l'Espa-

conviction que, pour se promettre l'impunité, « le malfaiteur devrait découvrir le pôle Nord et garder son secret » est une condition indispensable à l'efficacité du précepte pénal. L'extradition des malfaiteurs est donc une institution conforme à la justice et à l'intérêt des États, puisqu'elle tend à prévenir et à réprimer efficacement les infractions à la loi pénale. Ce droit de punir, qui résulte pour le pays de refuge de la solidarité internationale et de la justice universelle à laquelle il a le devoir de prêter son concours, même en dehors de tout accord diplomatique, il l'exercera, soit en frappant lui-même le coupable, s'il peut le faire, soit en le livrant aux autorités judiciaires de l'État dont il a compromis les intérêts ou violé les lois : *Aut dedere aut punire*. L'extradition n'est donc qu'une application, qu'une modalité du droit de punir, elle a dû naître avec la justice répressive elle-même. Les antécédents historiques de cette institution sont anciens et nombreux [7], mais ce n'est qu'à une époque relativement récente qu'elle a revêtu une forme et un caractère scientifiques [8]. Les conventions internationales qui la régissent et qui ne sont qu'une sorte *d'assurance mutuelle* entre nations se sont développées, depuis quelques années, avec la même rapidité que les contrats d'assurances entre particuliers. Le principe de l'extra lition n'a donc pas besoin d'être démontré; il

[7] Les temps les plus anciens ont connu l'extradition et nous en ont conservé, sous forme de traités, de curieux vestiges. Cfr. A. Weiss, *Le droit fétial et les fétiaux à Rome* (Paris, 1883), p. 22. M. Egger (*Les traités publics chez les Grecs et chez les Romains*, p. 243 et s.) rapporte un traité d'extradition contemporain de Moïse, intervenu entre le roi d'Égypte Rhamsès II, et le prince de Chéta.

[8] C'est au XVIe siècle que l'usage de l'extradition commence à se répandre en Europe. C'est même du XVIe siècle que beaucoup d'auteurs font dater l'institution. Mais elle n'a été vraiment pratiquée qu'au XIXe siècle. C'est donc une institution toute moderne. Suivant Holtzendorff (*op cit.*, p. 4), « il serait aussi juste de dire, à cause des quelques exemples qui nous sont rapportés, que les anciens connaissaient l'extradition, que de prétendre qu'ils connaissaient la machine à vapeur sous prétexte que les prêtres égyptiens faisaient mouvoir les portes des temples au moyen d'une vapeur invisible ». La nouveauté du terme *extradition* en est, du reste, une preuve. D'après Billot, ce mot n'apparait dans aucun document officiel avant le décret du 17 février 1791 que nous avons cité (*suprà*, n° 181).

n'est plus contesté[9], et « les discussions sur l'origine et la nature du droit ont fait place », ainsi que le remarque l'exposé des motifs du projet de loi de 1878, « à un débat plus circonscrit sur les *conditions* dans lesquelles il doit s'exercer ».

183. Du reste, on peut comprendre de deux manières bien différentes le rôle de l'État, à qui un gouvernement étranger demande une extradition. Suivant quelques publicistes, l'extradition serait un devoir international, qui s'imposerait (*utilitatis causa*) au pays refuge[10]. Je crois plus vrai et plus prudent de partir du principe contraire. L'extradition n'est obligatoire que lorsque le gouvernement du pays refuge s'est engagé par sa signature[11]. Mais l'extradition, *obligatoire* en cas de traité, reste-t-elle *facultative* pour le gouvernement à qui elle est demandée en dehors soit de tout traité, soit des termes du traité? Certains gouvernements considèrent les traités comme essentiellement *limitatifs* et n'admettent pas qu'un crime ou un délit puisse motiver une extradition, qui n'aurait pas pour fondement un lien contractuel. Cette manière de voir conduit à donner à un prévenu, qui ne peut être partie dans une convention diplomatique,

[9] Il l'a été pendant un certain temps. Cfr. SAPEY, *De la condition des étrangers en France*, p. 306; BERNARD, *op. cit.*, t. II, p. 232. Théoriquement, le problème du fondement de l'extradition peut être difficile à résoudre, puisqu'il s'agit d'expliquer l'origine du droit qu'un État prétend exercer lorsqu'il accorde l'extradition et, par conséquent, procède à l'arrestation d'un étranger qui n'a pourtant nullement enfreint sa loi pénale. Mais si l'État requis n'a aucun droits propre et direct sur la personne du fugitif, à raison d'infractions commises à l'etranger, il est au moins libre d'ouvrir ses frontières aux agents d'une puissance qui est à la poursuite d'un malfaiteur. Or, s'il ne le

la faculté de l'invoquer, d'interpréter son silence, d'imposer à un État l'obligation de le protéger. La France n'a jamais admis ce système, qui est celui de l'Angleterre et des États-Unis; et si le projet de loi dont nous avons parlé était adopté, la question de savoir quels sont les pouvoirs du gouvernement en matière d'extradition ne soulèverait plus de difficultés dans notre pays. Le gouvernement aurait la faculté d'accorder des extraditions en dehors des traités, à la condition de rester dans les limites de la loi.

En nous plaçant au point de vue du droit positif, quelles sont en effet, les sources dont procède aujourd'hui l'extradition? On peut les ramener à trois : les *traités,* les *lois* et les *coutumes.* Il importe de préciser le rôle et l'autorité respectives des unes et des autres dans la matière. Les *traités,* tous les jours plus nombreux, et dont la validité est soumise à des conditions variables suivant le régime constitutionnel des divers États qui interviennent à leur conclusion, ont pour objet de rendre l'extradition *obligatoire,* dans les cas qu'ils ont prévus; mais, s'ils limitent le *devoir* d'extrader qui incombe à l'État requis, ils n'apportent, par eux-mêmes, au moins dans les idées françaises, aucune entrave à son *droit* ; rien, en effet n'empêche le pays de refuge de livrer à ses juges naturels l'auteur d'une infraction que les conventions internationales ont passée sous silence[12]. Au contraire, une *loi d'extradition,* dans les pays où il en existe, restreint le droit de l'État qui l'a mise en vigueur, en ce double sens : 1° que cet État ne saurait livrer un malfaiteur à raison d'une infraction non comprise dans les nomenclatures; 2° qu'il ne saurait conclure un traité en s'en écartant. A défaut de loi et de traité, les cas et les conditions d'extradition sont abandonnés à la *coutume* de chaque pays.

Quoi qu'il en soit, le prévenu ou l'accusé, qui a été l'objet

[12] Il suit de là que l'extradition peut être accordée à raison de faits commis antérieurement à la conclusion du traité qui en a déterminé les formes et les conditions, en un mot, que tout traité d'extradition a un effet rétroactif. Cfr. Billot, *op. cit.*, p. 251 ; *Journal de droit international privé*, 1875, p. 222; Calvo, *Droit international*, Paris, 1880, t. I, p. 539; Bard, *op. cit.*, p. 38; A. Curet, *Des conventions d'extradition* (*La France judiciaire*, 1883, p. 281 à 297).

d'une extradition à la France, peut-il soulever, dans la procédure, un incident tiré de l'inobservation prétendue à son égard des règles de l'extradition? Peut-il conclure, par exemple, à ce qu'il plaise au tribunal ou à la cour d'annuler l'extradition dont il a été l'objet, parce que les formes prescrites par le traité d'extradition n'auraient pas été observées? ou bien parce que le traité ne visait pas le fait à raison duquel sa remise a été consentie par l'État de refuge? ou bien encore peut-il obtenir qu'il soit dit par le tribunal ou la cour qu'il n'y a pas eu extradition, ou que l'extradition, en supposant son existence, était motivée par des infractions qui ne sont pas celles de l'accusation? Il est évident qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'*annuler* ou d'*apprécier* les actes d'extradition qui sont des actes libres de gouvernement à gouvernement, dont les formes et les conditions sont réglées, non au profit des accusés, mais au point de vue des nécessités internationales ou des convenances réciproques des gouvernements. Le principe fondamental de la *séparation des autorités administrative et judiciaire* s'oppose donc à ce que le prévenu ou l'accusé puisse réclamer, devant les tribunaux français, contre la *légalité* de son extradition[13]. Celle-ci doit être tenue pour existante et

[13] Principe constant en jurisprudence : Cass., 4, 25 et 26 juill. 1867 (S. 67.1.409); 13 avr. 1876 (S. 76.1.187); 11 mars 1880 (S. 81.1.32); 11 janv. 1884 (D. 84.1.379). Cfr. RENAULT, *Rev. crit.*, 1885, p. 586; BILLOT, *op. cit.*, p. 352. M. BERTAULD, *op. cit.*, p. 664, admet cependant l'extradé à exciper de l'irrégularité ou de l'illégalité de l'extradition, dans le cas où cette illégalité ou irrégularité impliquerait que le gouvernement requis n'a pas réellement consenti. Nous pensons, au contraire, avec la presque unanimité

régulière par le fait même de la remise de l'inculpé aux mains de la justice. C'est qu'en effet l'extradé ne puise aucun droit dans le fait de l'extradition : en d'autres termes, il ne peut soulever d'autres exceptions que celles qu'il aurait pu soulever s'il avait été arrêté sur le territoire de l'État requérant. Le fait de l'extradition ne peut certainement pas nuire à l'individu livré, mais il ne doit pas non plus lui profiter : l'extradition est un acte international qui se passe en dehors de lui.

184. *Quelles sont les conditions de l'extradition?* — L'extradition supposant, d'une part, une *infraction* commise, de l'autre, une *personne* convaincue ou présumée en être l'auteur, il suit que les conditions d'où elle dépend sont relatives, soit aux *faits* à raison desquels elle est demandée, soit aux *personnes* auxquelles elle s'applique.

185. En principe, tous les individus qui se réfugient sur le territoire d'un pays, doivent ou peuvent être extradés. Mais trois restrictions importantes sont apportées à ce principe par la jurisprudence internationale.

I. La première, relative aux *esclaves fugitifs,* qui ne peuvent être extradés, soit qu'ils aient pris la fuite pour recouvrer leur liberté, soit qu'ils aient voulu se soustraire aux conséquences pénales d'un crime ou d'un délit commis par eux dans le pays de leur maître, trouve sa justification dans une idée d'humanité et de protection[14]; mais la seconde, qui s'oppose à l'extradition des *nationaux du pays refuge,* nous paraît contraire, soit aux intérêts de la société, soit aux intérêts de l'inculpé. Nous insisterons sur ce point, en examinant l'influence de la *nationalité* du réfugié sur les règles de l'extradition.

II. L'individu, dont l'extradition est réclamée, peut appartenir à la nationalité du pays requérant; il peut être le sujet d'une puissance tierce; il peut être un national de l'État requis. Ni la première hypothèse ni la seconde ne peuvent présenter de

[14] Cfr. Bernard, *op. cit.*, t. II, p. 88; Renault, *Étude sur l'extradition en Angleterre,* Paris, 1879, p. 5, note 2. V. cependant : Henry Wheaton, *Revue de droit français,* t. IX, p. 346. Il serait, du reste, raisonnable de distinguer, au point de vue de la possibilité d'une extradition, entre le crime qui se rapporte à la condition de l'esclave et celui qui y est étranger.

difficultés sérieuses. 1° Un Anglais, poursuivi à raison d'une infraction qu'il a commise en Angleterre, s'est réfugié en France. L'Angleterre réclame son extradition. L'identité du réfugié est-elle nettement établie? les faits qui lui sont imputés sont-ils passibles d'extradition? les autorités du pays requérant ont-elles compétence pour le juger ou pour lui faire subir la peine? le gouvernement requis devra, sans aucune hésitation, le livrer à la justice de son pays. 2° Un Belge commet en Allemagne une infraction passible d'extradition; puis, il se réfugie sur le territoire français : Devra-t-il être livré au gouvernement allemand, si celui-ci en fait la demande? Sans aucun doute. Le gouvernement de l'État requérant, pas plus que celui de l'État requis, n'a à se préoccuper de la nationalité du fugitif, puisque l'extradition, reposant sur la nécessité d'assurer la répression du crime, en quelque lieu qu'il ait été commis, est, en principe, indépendante de toute question de nationalité [15]. 3° Mais que décider si le malfaiteur dont on demande l'extradition, est un sujet du pays refuge? Un Français a commis une infraction sur le territoire belge; puis il vient se réfugier en France. La Belgique réclame son extradition. Devra-t-elle lui être accordée? Je m'empresse de dire que si aucun texte général [16] de no-

[15] Le droit international reconnaît au pays d'origine, qualifié pays *tiers*, un droit de protection sur ses sujets qui sont l'objet d'une demande d'extradition entre d'autres États. Il est d'usage de mettre ce pays en demeure de surveiller l'extradition et de s'y opposer s'il y a lieu. Cette règle a même été inscrite dans plusieurs traités (Voy. art. 12 du traité avec l'Angleterre; art. 2, n° 13, du traité avec le Chili). Deux demandes peuvent alors se produire en concurrence : l'une, émanant du pays sur le territoire duquel le crime

tre législation positive n'interdit au gouvernement français d'accorder l'extradition de ses nationaux, dès 1830, nous voyons la règle, qui laisse les nationaux, en dehors de l'extradition, prendre place dans les traités, et la circulaire ministérielle du 5 avril 1841, sur l'extradition, poser, comme un principe de droit public coutumier, que les puissances ne doivent pas se livrer leurs nationaux[17].

Cette exception faite en faveur des nationaux est aujourd'hui admise dans presque toutes les législations [18]. Est-elle juste et

l'interprétation qu'est venu consacrer le décret du 23 octobre 1811. Quelques auteurs, il est vrai, ont soutenu que ce décret, qui permet l'extradition des Français et détermine la procédure à suivre, a été abrogé par les articles 4 et 62 de la charte de 1814, qui garantissent la liberté individuelle des citoyens et leur reconnaissent le droit d'être jugés par leurs juges naturels. En ce sens : RAUTER, *op. cit.*, n° 55; FAUSTIN HÉLIE, t. II, p. 671; SERRIGNY, *Droit public*, p. 439. Mais ces textes n'ont pas la portée qu'on a voulu leur attribuer. L'article 4 met les citoyens français à l'abri d'une arrestation arbitraire, voilà tout; et, quant à l'article 62, il ne s'oppose pas à l'extradition d'un Français, puisque les juges naturels de celui-ci sont, avant tout, ceux du lieu où l'infraction a été commise. Ce qui prouve, au surplus, que ce décret de 1811 n'a pas été considéré comme abrogé par la charte de 1814, c'est que, en fait, plus d'un Français a été extradé, soit sous la Restauration, soit sous le gouvernement de Juillet. Comp. BONAFOS, *op. cit.*, p. 121; MANGIN, *op. cit*, n° 78; LEGRAVEREND, t. I, p. 113. Je crois donc que le principe, qui interdit de livrer des Français à la justice étrangère, est consacré par la coutume ou par les traités, mais non par une loi générale. Comp. DELISLE, *Principes de l'interprétation des lois*, 1852, t. I, p. 377. Quoi qu'il en soit, cette règle est écrite dans tous les traités internationaux d'extradition (Voy., par exemple, le traité entre la France et l'Angleterre du 14 août 1876, promulgé par décret des 9-10 avril 1878, art. 2; le traité entre la France et l'Espagne du 14 août 1877, promulgé par décret des 6-7 juillet 1878, art. 1; le traité entre la France et le Danemark du 28 mars 1877, promulgué par décret des 4-5 avril 1878, art. 1, etc.).

[17] L'exposé des motifs de la loi du 27 juin 1866 s'exprime ainsi à ce sujet : « Depuis la charte de 1830, l'interdiction de livrer des Français à la justice étrangere est devenue un principe de notre droit public ». Dall., 1866.4.75. Le projet de loi sur l'extradition, voté en 1879 par le Sénat, consacre formellement ce principe (art. 3).

[18] Comp., par exemple : Loi belge du 15 mars 1874, art. 1er; Loi néerlandaise du 6 avril 1872, art. 8; C. p. hongrois, art. 17; C. p. allemand, art. 9. En Angleterre, aux États-Unis, dont les législations pénales sont presque exclusivement territoriales, l'extradition des nationaux n'est nulle-

utile? Je ne le crois pas[19]. En matière criminelle, le juge naturel

ment interdite. Cfr. HEURTEAU, *Bull. soc. de législ. comp.*, 1880, p. 191 et 192. Sans doute, l'Angleterre a laissé inscrire, dans plusieurs traités signés par son gouvernement, une clause de non-extradition des nationaux (V. notamment les traités conclus avec l'Autriche, le 3 décembre 1873, art. 3; et avec la France, le 14 août 1876, art. 2), mais il ne faut voir, dans cette clause, qu'une application de la réciprocité diplomatique. La commission anglaise de 1878, chargée d'examiner les questions relatives à l'extradition, a même conclu : 1° à l'abandon pur et simple du principe de la réciprocité en matière d'extradition; 2° à l'omission, dans les traités futurs, de toute clause prohibitive de l'extradition des nationaux, et à la modification en ce sens des traités existants. Voy. L. RENAULT, *op. cit.*, p. 231. Le traité espano-anglais d'extradition de 1878 est une première application de ces idées. D'après l'article 1er de cette convention, tandis que le gouvernement espagnol prend l'engagement de livrer au Royaume-Uni toutes personnes *autres que ses propres sujets*, le gouvernement britannique s'engage à livrer à l'Espagne tous malfaiteurs, sans distinction de nationalité. Cfr. sur ce traité : HEURTEAU, *op. cit.*, p. 192. V. également : Alfred MARTIN, *Revue du droit international*, 1881, p. 51. Quoi qu'il en soit, il faut remarquer que les deux systèmes de la non-extradition des nationaux et de l'extension de la compétence de la loi pénale aux infractions commises en pays étranger par des nationaux, — ont suivi nécessairement un développement corrélatif. C'est assurément au maintien de la règle qu'un État n'extrade pas ses nationaux qu'il faut attribuer l'extension croissante de la compétence personnelle de la loi pénale. On punit ses nationaux pour les faits commis en pays étranger afin de pouvoir refuser leur extradition sans dommage pour la répression. Si bien que l'exposé des motifs du projet de loi sur l'extradition, présenté en 1878 au Parlement français, ne donnait pas d'autre explication de la règle qu'il posait : « La France ne livre point ses nationaux ! il est admis qu'un citoyen rentré dans sa patrie ne peut en être arraché par une accusation venue de l'étranger qui aura pour effet de le distraire de ses juges naturels. *L'article 5 du Code d'instruction criminelle, en permettant au ministère pu-*

du prévenu est, avant tout autre, le juge du lieu de l'infraction. C'est là que s'est fait sentir ce mal du délit qui en nécessite la répression. C'est là que les éléments de l'instruction seront le plus facilement réunis et que la découverte de la vérité aura le plus de chance de se produire. Pourquoi donc refuser à l'État, sur le territoire duquel la loi pénale a été enfreinte, l'extradition du malfaiteur? C'est que nous nous défions de la justice étrangère. Cette défiance n'est-elle pas exagérée? De deux choses, l'une, en effet : ou nous sommes ou nous ne sommes pas liés par un traité avec l'État qui requiert l'extradition. Dans le premier cas, en concluant un traité d'extradition avec cette puissance, n'avons-nous pas rendu hommage à son organisation administrative et judiciaire? n'est-ce pas parce que cette organisation offre des garanties de justice et d'impartialité, que nous livrons à cette puissance les malfaiteurs, même étrangers, qui viennent chercher un refuge sur notre territoire? Dans le second cas, nous devons, puisque l'extradition demandée est facultative, examiner si elle peut compromettre la condition de nos nationaux, et la refuser si le fonctionnement de la justice étrangère nous paraît irrégulier [20]. Ainsi, nos nationaux auront toujours les garanties d'un examen de l'autorité française; et, en bonne justice, ils ne devraient pas pouvoir demander davantage.

Le système de la non-extradition des nationaux fait naître, dans toutes les circonstances qui peuvent changer l'état civil du criminel, en lui donnant une nationalité nouvelle, des difficultés considérables[21]. Deux moyens d'y remédier ont été proposés et

[20] Le principe de la personnalité des lois pénales françaises, en ce qui concerne les nationaux, permettra bien, la plupart du temps, de punir, en France, les Français ayant commis une infraction en pays étranger. Mais il est une hypothèse, déjà relevée par nous, où la non-extradition des nationaux assure au malfaiteur, même sous l'empire de la loi de 1866, une scandaleuse impunité. Il s'agit du cas d'un Français qui a été poursuivi et condamné à l'étranger pour un crime commis hors de notre territoire, et qui se soustrait à l'exécution de sa peine et se réfugie en France.

[21] Je cite seulement deux hypothèses : 1° Une femme de nationalité belge commet un crime en Belgique, puis vient habiter la France et y épouse un

[illegible] — ou bien donner à ce changement un effet rétroactif, pour permettre aux tribunaux du pays refuge de juger le [illegible] système qui a été adopté par le Code pénal allemand [illegible] par la loi belge du 15 mars 1874 (art. 10); — ou bien accorder l'extradition du réfugié, sans tenir compte d'une nationalité acquise depuis la perpétration du fait pour lequel l'extradition est réclamée, système adopté par un certain nombre de traités, et particulièrement par la convention anglo-française du 14 août 1876 (art. 2). C'est à ce dernier système qu'il convient, ou me semble, en l'absence de toute disposition légale, de se rallier : c'est, en effet, le cas d'appliquer, à la naturalisation acquise dans le but d'échapper à l'extradition, la règle : *Fraus omnia corrumpit.*

III. Enfin, il est généralement admis qu'un État ne livre pas ses *justiciables*. L'extradition ne se justifie que parce qu'elle a pour but d'empêcher l'impunité; si donc l'État, auquel on demande l'extradition, peut lui-même punir, il ne doit pas livrer. C'est par application de cette règle que la France refuse l'extradition : 1° de tout individu, sans distinction de nationalité, qui a commis une infraction en France (C. civ., art. 3); 2° d'un Français, qui a commis à l'étranger une infraction punissable en France (C. instr. cr., art. 5); 3° d'un étranger qui a commis, hors du territoire, un crime attentatoire à la sûreté ou au crédit de la France (C. instr. cr., art. 7).

186. C'est en s'attachant tout à la fois à la *gravité* de l'infraction commise et à la *criminalité* de l'agent que les divers traités déterminent les faits passibles d'extradition. Les nomen-

clatures varient de traités à traités[22]. Il s'en dégage ces idées générales que l'extradition peut être accordée pour *crimes* ou *délits*[23] d'une certaine gravité, c'est-à-dire pour des faits punis partout, mais non pour *délits spéciaux* ou pour *contraventions*. Si large, du reste, que soit la liste des faits passibles d'extradition, les traités laissent toujours en dehors deux grandes catégories d'infractions : les infractions *politiques*[24] et certaines infractions *militaires*, telles que l'insoumission et la désertion[25].

L'extradition paraît dominée jusqu'ici par la nécessité de l'*incrimination simultanée* du même fait dans les législations des deux parties contractantes. Mais un temps viendra, sans doute, où l'extradition aura pour unique fondement la répression du fait qui constitue une infraction à la loi du pays requérant, sans rechercher s'il est punissable dans le pays requis[26]. C'est

[22] Cfr. Renault, *op. cit.*, p. 403; Deloume, *op. cit.*, p. 156; Bard, *op. cit.*, p. 56; Bernard, *op. cit.*, t. II, p. 157.

[23] C'est dans le traité franco-belge de 1869 que la France a, pour la première fois, étendu l'extradition aux simples délits. Pour donner une idée de l'extension prise par l'extradition au point de vue des faits auxquels elle s'applique, il faut surtout consulter le nouveau traité franco-belge de 1874.

[24] Nous avons déjà donné la définition des délits politiques au point de vue de l'extradition. Les traités ajoutent généralement que l'extradition ne sera pas accordée pour des faits connexes aux délits politiques (Voy. l'art. 5 du traité d'extradition franco-anglais du 14 août 1876 et l'art. 5 du traité franco-espagnol du 14 déc. 1877). Sur ce point, on consultera avec profit : Grivaz, *L'extradition et les délits politiques* (thèse de doctorat), 1894. J'ai déjà fait remarquer que la plupart des cas historiques d'extradition antérieurs au xixe siècle ont un caractère politique. On en trouvera quelques exemples dans Grivaz, *op. cit.*, p. 53.

[25] Les nécessités de la navigation ont fait décider que les matelots déserteurs devraient être remis entre les mains de leur capitaine; c'est là une mesure de police maritime qui s'exécute par l'intermédiaire des consuls et avec l'assistance des autorités locales, sans les formalités de l'extradition (O. des 7 et 28 novembre 1833, art. 15; O. du 29 octobre 1833, art. 25 et 26). Cfr. Bernard, t II, p. 559-605.

[26] Cfr. Renault, *op. cit.*, p. 20; Bernard, *op. cit*, t. II, p. 198-224. *Institut du droit international* (Session d'Oxford, 1880), art. 11 des résolutions votées : « En règle, on doit exiger que les faits auxquels s'applique l'extradition soient punis par la législation des deux pays, excepté dans les cas où, à cause des institutions particulières ou de la situation géographique

la demande est reçue par le ministre des affaires étrangères et transmise, s'il y a lieu, au ministre de la justice. Autrefois, le ministre de la justice, s'il jugeait la demande conforme aux traités, préparait immédiatement le projet de décret. Le gouvernement statuait ainsi sur la demande d'extradition sans que l'individu arrêté put fournir ses explications et même avant toute vérification d'identité. Depuis une circulaire du 12 octobre 1875, aucun décret, autorisant l'extradition, n'est proposé avant l'arrestation de l'étranger, qui est conduit devant le procureur de la République du lieu de l'arrestation et admis à faire valoir ses fins de non-recevoir contre la demande. Ce magistrat doit dresser un procès-verbal de cet interrogatoire, qui, avec son avis motivé, est transmis au ministre de la justice, et ce n'est qu'après l'examen de ces pièces, que le garde des sceaux propose, s'il y a lieu, un décret d'extradition au président de la République.

c) Un certain nombre de législations appellent le pouvoir judiciaire à donner un avis non obligatoire pour le gouvernement. Ces législations sont celles de la Belgique (L. du 15 mars 1874), de la Hollande (L. du 6 avr. 1875). Tel était également le système admis dans le projet de loi français de 1878 qui s'inspirait presque complètement de la législation belge[29]. Lorsque le gouvernement belge est saisi d'une demande d'extradition, après un examen sommaire, il la transmet au pouvoir judiciaire, qui rend exécutoire, contre le prévenu, le mandat d'arrêt ou le jugement décerné à l'étranger. Le réfugié est arrêté en vertu de cet acte, et il comparaît, en audience publique, assisté d'un conseil, devant la chambre des mises en accusation

conclusions du procureur général, la cour formule un avis motivé sur la régularité de l'extradition. A la différence du tribunal anglais, elle ne prend pas de décision : c'est au gouvernement qu'appartient ce droit, et, s'il est obligé de consulter la cour, il n'est pas lié par son avis, et décide la question souverainement. Ainsi, dans ce système, le droit d'accorder ou de refuser l'extradition constitue un attribut essentiel de la souveraineté et appartient exclusivement au chef du pouvoir exécutif; mais celui-ci ne l'exerce qu'après *avis* de l'autorité judiciaire, avis donné non pas sur la culpabilité probable de celui dont on demande l'extradition, mais sur l'accomplissement des conditions requises pour la régularité de l'extradition.

De ces trois types de législations, celui qui nous paraît préférable est le type italien. Dans la procédure d'extradition, il y a deux intérêts à sauvegarder : celui de la répression et de l'aide mutuelle que se doivent les États dans cette fonction, et l'intérêt de la liberté individuelle qui est naturellement placé sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. Or, le point de savoir si la demande d'extradition est recevable soulève un certain nombre de questions contentieuses; l'inculpé ou le condamné, dont on demande l'extradition, peut être admis à débattre, devant un tribunal, ses moyens de défense, appuyés sur les lois de la matière, et tendant, sans que sa culpabilité puisse être discutée, à faire écarter l'extradition par certaines fins de non-recevoir. Sur ce point, mais sur ce point seulement, l'autorité judiciaire doit être appelée à rendre une décision, à la suite d'un débat contradictoire. Dans le système français, par exemple, c'est l'autorité diplomatique qui décide si le crime, à raison duquel l'extradition est demandée, a ou non un caractère politique, si l'inculpé peut ou non invoquer la prescription pour y échapper[30]. Or, statuer sur ces questions, c'est *juger,* ce n'est plus *administrer.*

[30] Bien souvent, en effet, les délais de prescription ne sont pas les mêmes dans les deux pays, et la prescription, acquise dans l'un, peut ne pas être acquise dans l'autre. Alors se pose la question de savoir à quelle législation le gouvernement requis doit se reporter pour décider si l'individu réclamé est, ou non, libéré par la prescription, s'il est, par conséquent, ou non, pas-

188. *Effets de l'extradition*[31]. — L'extradition met en jeu les intérêts de trois parties : ceux du pays requérant, ceux du pays requis, ceux de l'individu extradé. Quand on examine les effets de cet acte, on suppose que l'extradition a été accordée et que l'extradé a été livré ; le pays requis a donc terminé son rôle, il a rendu le service, accordé l'assistance qu'on lui réclamait. Il reste donc à déterminer les *droits* et *devoirs* de l'État requérant, c'est-à-dire, d'abord ceux du gouvernement, puis ceux de l'autorité judiciaire de ce pays.

Le droit du gouvernement de l'État qui a demandé et obtenu l'extradition est de faire exécuter la convention conclue en faisant subir à l'extradé sa peine ou en le faisant passer en jugement. Son devoir est d'observer les limites mises expressément ou tacitement à l'extradition. Mais comme punir ou poursuivre est œuvre de justice, le pouvoir judiciaire intervient nécessairement pour *appliquer* l'acte d'extradition. Or, cet acte, qui le *saisit*, *limite*, en même temps, sa *compétence*.

De cette idée si simple, se dégage une double règle :

1° L'extradition procède d'une convention intervenue entre deux puissances ; les clauses qui y sont renfermées obligent non seulement les parties contractantes, c'est-à-dire les deux gouvernements qui ont traité de la livraison d'un malfaiteur, mais encore l'*autorité judiciaire*, appelée à connaître, soit de la poursuite, soit de l'exécution, contre l'extradé. D'où il suit que le

sible d'extradition. Le droit conventionnel admet que l'extradition ne peut avoir lieu si la prescription est acquise à l'individu réclamé d'après les lois du pays de refuge. Cela revient à dire que la prescription la plus courte est applicable au prévenu ou au condamné, ainsi que le décidait, du reste, l'art.

pouvoir judiciaire a pour devoir d'appliquer les conventions d'extradition avec leurs réserves et leurs conditions[32].

2° Aussi, l'individu extradé ne doit être poursuivi contradictoirement ou puni, dans le pays qui a requis l'extradition, qu'à raison des chefs d'accusation ou de condamnation pour lesquels l'extradition a été demandée et accordée, à moins que les clauses du traité conclu entre les deux gouvernements n'autorisent la poursuite ou la punition d'autres faits. La *spécialité restrictive* des termes de la concession d'extradition est universellement admise et scrupuleusement observée. L'extradition ayant été demandée et accordée à raison d'un *fait* déterminé, le gouvernement qui l'a obtenue s'est tacitement engagé à ne poursuivre ou punir que pour ce fait la personne qui lui a été livrée. Si donc l'inculpé est poursuivi ou puni pour une *infraction antérieure* à l'extradition, de quelque sorte qu'elle soit, il peut opposer une exception dilatoire, et les juges sont tenus, même d'office, de déclarer l'action publique ou l'exécution non recevable quant à présent, sauf au gouvernement à se pourvoir par voie diplomatique. L'extradé est donc censé *absent* du terri-

[32] Jurisprudence constante. Mais il faut observer que si la Cour de cassation a toujours consacré cette règle, elle n'en a pas toujours donné le même motif. A l'origine, cette obligation pour le pouvoir judiciaire d'appliquer les traités et conventions d'extradition parut dériver d'un caractère erroné assigné aux traités. En 1845, la Cour de cassation, dans un arrêt du 1er février (S. 45.1.502), formulait cette doctrine que « les traités d'extradition, régulièrement promulgués, sont des *lois spéciales* ». Elle décidait, par voie de conséquence, que les conditions et réserves, insérées dans les conventions d'extradition, acquéraient, à l'instar des lois, *force obligatoire pour les tribunaux*. Mais tel n'est pas le caractère des traités d'extradition, qui sont des *conventions* de puissance à puissance. Le pouvoir exécutif a régulièrement traité avec le gouvernement de l'État requis pour obtenir l'extradition du malfaiteur. En adhérant aux conditions et réserves de l'acte d'extradition, il a agi en vertu de son pouvoir de contracter. C'est donc comme *actes de gouvernement* que les réserves et conditions des actes d'extradition doivent être respectées et appliquées par l'autorité judiciaire. La jurisprudence de la Cour de cassation revient, dans les derniers arrêts, à une appréciation plus exacte du caractère de l'extradition. Cass., 14 mars 1873 (D. 73.1.502); 25 sept. 1873 (D. 74.1.132); 2 août 1883 (D. 84.1.139); 11 janv. 1884 (D. 84. 1.379); 27 janv. 1887 (D. 89.1.219).

188. *Effets de l'extradition*[31]. — L'extradition met en jeu les intérêts de trois parties : ceux du pays requérant, ceux du pays requis, ceux de l'individu extradé. Quand on examine les effets de cet acte, on suppose que l'extradition a été accordée et que l'extradé a été livré ; le pays requis a donc terminé son rôle, il a rendu le service, accordé l'assistance qu'on lui réclamait. Il reste donc à déterminer les *droits* et *devoirs* de l'État requérant, c'est-à-dire, d'abord ceux du gouvernement, puis ceux de l'autorité judiciaire de ce pays.

Le droit du gouvernement de l'État qui a demandé et obtenu l'extradition est de faire exécuter la convention conclue en faisant subir à l'extradé sa peine ou en le faisant passer en jugement. Son devoir est d'observer les limites mises expressément ou tacitement à l'extradition. Mais comme punir ou poursuivre est œuvre de justice, le pouvoir judiciaire intervient nécessairement pour *appliquer* l'acte d'extradition. Or, cet acte, qui le *saisit, limite,* en même temps, sa *compétence.*

De cette idée si simple, se dégage une double règle :

1° L'extradition procède d'une convention intervenue entre deux puissances; les clauses qui y sont renfermées obligent non seulement les parties contractantes, c'est-à-dire les deux gouvernements qui ont traité de la livraison d'un malfaiteur, mais encore l'*autorité judiciaire,* appelée à connaître, soit de la poursuite, soit de l'exécution, contre l'extradé. D'où il suit que le

sible d'extradition. Le droit conventionnel admet que l'extradition ne peut avoir lieu si la prescription est acquise à l'individu réclamé d'après les lois du pays de refuge. Cela revient à dire que la prescription la plus courte est applicable au prévenu ou au condamné, ainsi que le décidait, du reste, l'art. 3 du projet français sur l'extradition ; en effet, cela signifie que le pays refuge pourra refuser l'extradition par cela seul que la poursuite ou la condamnation serait prescrite d'après sa législation, quoiqu'elle ne le soit pas encore d'après celle du pays requérant. Voy. sur la question une décision du tribunal fédéral suisse en date du 25 septembre 1885 (S. 87.4.17). Nous croyons que c'est la règle inverse qui devrait être suivie, puisque c'est l'intérêt social du pays requérant qui motive l'extradition. De quel droit, en effet, le pays refuge vient-il se substituer au pays requérant, dans l'appréciation de la difficulté des preuves et de l'utilité du châtiment?

[31] Voy. sur ce sujet : Emmerich, *Les effets de l'extradition* (thèse de doctorat), 1894.

pouvoir judiciaire a pour devoir d'appliquer les conventions d'extradition avec leurs réserves et leurs conditions[32].

2° Aussi, l'individu extradé ne doit être poursuivi contradictoirement ou puni, dans le pays qui a requis l'extradition, qu'à raison des chefs d'accusation ou de condamnation pour lesquels l'extradition a été demandée et accordée, à moins que les clauses du traité conclu entre les deux gouvernements n'autorisent la poursuite ou la punition d'autres faits. La *spécialité restrictive* des termes de la concession d'extradition est universellement admise et scrupuleusement observée. L'extradition ayant été demandée et accordée à raison d'un *fait* déterminé, le gouvernement qui l'a obtenue s'est tacitement engagé à ne poursuivre ou punir que pour ce fait la personne qui lui a été livrée. Si donc l'inculpé est poursuivi ou puni pour une *infraction antérieure* à l'extradition, de quelque sorte qu'elle soit, il peut opposer une exception dilatoire, et les juges sont tenus, même d'office, de déclarer l'action publique ou l'exécution non recevable quant à présent, sauf au gouvernement à se pourvoir par voie diplomatique. L'extradé est donc censé *absent* du terri-

[32] **Jurisprudence constante.** Mais il faut observer que si la Cour de cassation a toujours consacré cette règle, elle n'en a pas toujours donné le même motif. A l'origine, cette obligation pour le pouvoir judiciaire d'appliquer les traités et conventions d'extradition parut dériver d'un caractère erroné assigné aux traités. En 1845, la Cour de cassation, dans un arrêt du 1er février (S. 45.1.502), formulait cette doctrine que « les traités d'extradition, régulièrement promulgués, sont des *lois spéciales* ». Elle décidait, par voie de conséquence, que les conditions et réserves, insérées dans les conventions d'extradition, acquéraient, à l'instar des lois, *force obligatoire pour les tribunaux*. Mais tel n'est pas le caractère des traités d'extradition, qui sont des *conv* [illegible] puissance à puissance. Le pouvoir exécutif a régulièrement tra[illegible] ouvernement de l'État requis pour obtenir l'extradition du tr[illegible] dhérant aux conditions et réserves de l'acte d'extradition, [illegible] de son pouvoir de contracter. C'est donc comme *actes de* [illegible] e les réserves et conditions des actes d'extradition doivent [illegible] et appliquées par l'autorité judiciaire. La jurisprudence de la [illegible] n revient, dans les derniers arrêts, à une appréciation plus [illegible] tère de l'extradition. Cass., 14 mars 1873 (D. 73.1.502); 25 [illegible] 2 août 1883 (D. 84.1.139); 11 janv. 1884 (D. 84. [illegible] 9.1.219).

toire, à raison des faits antérieurs à l'extradition qui n'ont pas été compris dans cet acte.

Pour étudier le fonctionnement de ces deux règles, qui sont les corollaires de l'*effet limitatif* ou de la *spécialité de l'extradition*[33], il faut envisager l'extradé dans trois situations différentes :

a) *L'individu extradé peut avoir consenti, après son arrestation en pays étranger, à être livré aux autorités françaises, sans l'accomplissement des formalités de l'extradition.* — Dans ce cas, il est de jurisprudence constante que la renonciation de l'extradé doit être interprétée dans le sens d'une *libre constitution de sa personne* aux mains de la justice française. L'*extradition volontaire* implique l'idée d'absence d'un acte d'extradition, et, par conséquent, des réserves qu'il contient ordinairement. Il y a bien la requête à fin d'extradition, qui a porté sur un fait déterminé, mais cette requête est nulle et non avenue, parce que le gouvernement étranger n'a pas eu à y répondre par la volonté même de l'extradé. Aux yeux des tribunaux, ce dernier est censé être rentré sur le territoire français « *par un effet de sa propre initiative*[34] », et il est sans droit pour se plaindre de l'inobservation des conditions applicables au cas d'extradition[35].

b) *L'individu, régulièrement extradé, consent, au cours de l'instruction ou devant le tribunal appelé à connaître de son affaire, à être jugé contradictoirement sur tous les chefs d'inculpation relevés à sa charge, sans distinguer entre les faits re-*

[33] La limitation des effets de l'extradition aux seuls faits prévus dans l'acte d'extradition est admise par la presqu'unanimité de la doctrine, elle est consacrée par la pratique conventionnelle, et la jurisprudence française se prononce dans le même sens.

servés par l'acte d'extradition et les autres. — Dans ce cas, les effets restrictifs de l'extradition disparaissent par la volonté du prévenu. Cette sorte de fiction, en vertu de laquelle l'extradé est réputé se trouver hors du territoire en ce qui concerne toute autre infraction qu'il aurait commise avant l'extradition [36], cesse de couvrir celui-ci, lorsqu'il y a renoncé, en consentant à être poursuivi et jugé contradictoirement, à raison d'une de ces infractions, pourvu que son consentement soit librement donné [37].

c) L'individu extradé n'a pas consenti à être jugé contradictoirement sur les infractions réservées par l'acte d'extradition. — Dans ce cas, la *spécialité* de l'extradition est le principe dont l'autorité judiciaire ne peut se départir. Pour l'appliquer, il faut nous placer en face des deux situations, les seules possibles : ou bien l'affaire suivie contre l'extradé, au moment de sa re-

[36] Sur les conséquences de cette fiction au point de vue particulièrement des formes de la citation, comp. Billot, *op. cit.*, p. 308; Cass., 24 juin 1847 (S. 47.1.676); Paris, 9 mai 1882 (*Journal de droit international privé*, 1882, p. 199).

[37] Comp. Cour de Bruxelles, 5 août 1875 (S. 77.2.73), et la note; Cass., 31 mai 1877 (S. 77.1.233). V. Bernard, *op. cit.*, t. II, p. 575 à 589. Cette règle a donné lieu à des difficultés entre les États-Unis et l'Angleterre, difficultés qui se sont terminées par la dénonciation du traité conclu entre ces deux puissances en 1842. V. l'exposé de ce débat international dans une communication de M. Desjardins (*Bull. soc. légis. comp.*, 1877, p. 126). Les négociations engagées entre les deux gouvernements, à l'occasion de cette affaire, pour la révision du traité de 1842, n'ont abouti qu'en 1889, et le traité du 3 juillet 1889 consacre, dans son art. 3, la thèse soutenue par l'Angleterre sur les effets limitatifs de l'extradition. Le texte du projet de loi français sur l'extradition ne reproduit pas ce tempérament, et l'exposé des motifs en donne cette raison : « La déclaration de l'accusé, consentant, sur l'interpellation du magistrat, à être jugé sur les nouveaux chefs et se dépouillant ainsi des garanties qui l'entouraient, pouvait ne pas sembler suffisamment libre ou tout au moins suffisamment éclairée ». Il y a, à notre avis, une exagération dans cette sollicitude de l'État qui livre un malfaiteur; celui-ci est bien le meilleur juge en sa propre cause; comment croire qu'il n'agira pas au mieux de ses intérêts? Il convient, toutefois, en pareil cas, de communiquer le consentement de l'extradé au gouvernement qui l'a livré, afin que ce gouvernement sache bien qu'il n'a été porté aucune atteinte aux conditions de la convention. Comp. Emmerich, *op. cit.*, p. 143. La loi suisse sur l'extradition du 22 janvier 1892 (art. 7, § 1) admet expressément que l'extradé peut renoncer à l'effet limitatif.

toi

été

c

t

[illegible] par l'[illegible] bien l'ins-
[illegible] jugé,
[illegible]

[illegible] qu'il ap-
partient [illegible] de l'extradi-
tion. [illegible] les chefs
d'incrimin[illegible] procureur de la
République [illegible] appréhé-
[illegible] l'extradition, le ma-
[illegible] nécessitant le
[illegible] l'interrogera
[illegible] ou avec des
[illegible] lequelle l'ex-
[illegible] ; en
[illegible] reconnaître la
[illegible] le pouvoir de sus-
[illegible] une information [illegible]. Par
[illegible] l'instruction,
[illegible] l'acte, avant la irrédaction
[illegible] pour assurer l'exécution
[illegible] à la chambre
[illegible] de la présence ou
[illegible] arrêt, assigne la procé-
[illegible] contradictoire.

[illegible] de l'extradition est
[illegible] à l'autorité judiciaire
[illegible] ou de la
[illegible] s', au moment où il a

la cour ne peut pas juger contradictoirement pour des infractions commises antérieurement à l'extradition et qui ont été ignorées de l'État requis.

189. En résumé, le principe d'après lequel l'extradé ne doit être poursuivi et jugé contradictoirement dans le pays requérant qu'à raison des faits pour lesquels son extradition a été demandée et obtenue, signifie simplement ceci : la justice ne peut, une fois l'extradition réalisée, profiter de la présence du prévenu sur son territoire pour exercer contre lui une répression qui n'est pas entrée dans les prévisions de l'État requis. Il ne faut jamais oublier, en effet, que l'extradé ne se trouve en France que par une sorte de *contrat* entre l'État requis et l'État requérant. Ceci compris, il est à remarquer que la requête d'extradition et les actes de justice joints à ladite requête donnent au fait une *qualification* qui a pu être modifiée au cours de l'instruction ou des débats : la question qui se pose alors est de savoir si c'est à la *matérialité du fait incriminé* ou au *fait revêtu de sa qualification légale* que l'extradition s'applique. Ainsi, un individu a été extradé pour meurtre, l'instruction et les débats font apparaître qu'il s'agit de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner; l'extradé avait à répondre d'un crime consommé, il résulte des débats qu'il n'a commis qu'une tentative de crime; il a été livré comme auteur d'un meurtre, il est reconnu en être simplement le complice. Dans ces divers cas, les juges ne peuvent, sans doute, se considérer comme liés par la qualification adoptée dans la procédure d'extradition; mais doivent-ils alors s'abstenir de statuer *contradictoirement,* parce que le fait commis par le prévenu ou l'accusé n'est pas celui-là même qui a motivé l'extradition? Je ne le crois pas. L'extradition est accordée par l'État requis pour faciliter la répression d'un *fait;* elle est donc régulière dès que l'inculpé a été livré pour le *fait* que visait la poursuite; si, plus tard, l'accusation ou la condamnation donne au fait, pour la répression duquel l'extradition a été accordée, une *qualification différente,* c'est une modification qui ne porte pas atteinte à la régularité de l'extradition antérieurement effectuée. L'État requis avait en mains les documents qui lui per-

mettaient d'apprécier le fait incriminé, il pouvait donc refuser l'extradition, si la qualification, qui était proposée dans les actes de la procédure, lui paraissait erronée ou tout au moins douteuse. Il l'a accordée; cela suffit pour donner à l'État requérant le droit de juger ce fait en lui restituant la qualification qui lui appartient.

Il faut donc admettre que les juridictions d'instruction, comme les juridictions de jugement, peuvent qualifier les faits qui ont motivé l'extradition autrement qu'ils ne l'ont été dans la procédure d'extradition, pourvu qu'elles n'élèvent pas une *accusation nouvelle* et qu'elles *n'ajoutent pas de faits nouveaux aux faits qui ont motivé l'extradition*. Ce droit, nous le reconnaissons, avec la jurisprudence, alors même que le changement de qualification aurait pour effet de déférer à la justice française une infraction qui, justement qualifiée dans la requête, n'aurait probablement pas motivé l'extradition de la part de l'État requis. Le motif est toujours le même, et il est suffisant pour ne pas voir dans ce changement de qualification une violation de la convention diplomatique. L'État de refuge a livré l'inculpé après avoir pris connaissance des faits qui lui étaient reprochés; et ces faits, indépendamment de leur qualification légale et provisoire, lui ont paru assez graves pour qu'il accordât l'extradition. La *remise même de l'inculpé* donne donc une compétence absolue à la justice de l'État requérant, pour juger et condamner l'extradé sur le fait même à raison duquel l'extradition a été obtenue[39].

TITRE II

DE L'INFRACTION DANS SES ÉLÉMENTS MATÉRIELS

---

§ XXV. — NOTIONS GÉNÉRALES [1]

190. Les problèmes. — **191.** Point de vue objectif. Point de vue subjectif. Comment il faut les combiner. — **192.** La théorie de la tentative est moderne. Droit romain. — **193.** Droit ancien et droit actuel.

190. L'infraction suppose toujours l'exécution d'un fait, ou accomplie, ou parvenue à un certain degré de développement, c'est-à-dire, en prenant ce mot dans sa signification la plus large, un *corps de délit*. Mais entre la première pensée d'une infraction et son entière consommation, on peut, surtout dans les délits qui ne sont pas exécutés aussitôt que conçus, marquer les étapes de l'*iter criminis*, étapes par lesquelles passe l'agent qui veut parvenir à son but. C'est d'abord l'idée criminelle, la première conception du crime à laquelle s'arrête volontairement la pensée. Puis, c'est la résolution d'agir, la volonté criminelle (*voluntas sceleris*). L'agent, qui prétend la réaliser, prépare

§ XXV. [1] Bibliographie : J. Champcommunal, *Étude sur la législation comparée de la tentative* (*Rev. crit.*, 1895, p. 41 et 94); Daligny, *Essai sur les principes de la législation française en matière de tentative*, Paris, 1826; Saleilles, *Essai sur la tentative* (*Rev. pénit.*, 1897, p. 53 et 321); Nicolini, *De la tentative*, trad. par Lacointa (*Rev. crit.*, 1861, p. 217 et 1862, p. 472); Cohn, *Zur Lehre vom Versuchten und unvollendeten Verbrechen* (Breslau, 1880); Bruggi, *La teoria del conato e l'influsso dei romanisti a proposito della recente opera del Cohn* (*Archivio giuridico*, t. XXV, 1880, p. 439); Geyer, *Del tentativo* (*Rivista penale*, t. XIV, 1881, p. 369); Baumgarten, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1886 (Voy. analyse *Bull. soc. lég. comp.*, 1885-1886, p. 123); Eisenmann, *Die Grenzen des straffaren Versuchts* (*Zeitschrift*, 1893, p. 517); Taranto, *Del tentativo panibile*, 1880.

alors ses moyens d'action : s'il veut empoisonner, il achète du poison; s'il veut commettre un vol nécessitant une escalade, il se procure une échelle ou tout autre engin analogue. A cette phase, nous sortons du domaine psychologique et nous entrons dans celui des faits matériels. Mais nous ne sommes pas encore arrivés à l'exécution. Elle commence par des faits qui sont en rapport immédiat et direct avec le but criminel à réaliser. Si l'agent va jusqu'au bout, le délit est consommé; s'il s'arrête ou est arrêté, le délit est tenté ou manqué. Enfin, si le but qu'il veut atteindre se trouve en dehors de son pouvoir, ou si les moyens qu'il emploie ne sont pas adéquats au but poursuivi, la consommation du délit est impossible.

Sans insister davantage sur la distance qui sépare la première idée d'un crime de sa réalisation effective, on comprend que cette situation fasse naître, dans toute législation pénale, un certain nombre de problèmes généraux : 1° il s'agit d'abord de déterminer à quel moment précis de réalisation du projet criminel peut intervenir la loi pénale; 2° en admettant que l'exécution du projet marque le point où commence la criminalité, il s'agit de savoir si l'exécution irréalisable peut être assimilée à l'exécution tentée ou manquée; 3° enfin, tout en distinguant les divers degrés de la matérialité du délit pour fixer la première étape de la répression, convient-il d'établir une échelle de pénalité correspondante, de sorte que le délit consommé encourra seul la peine complète, le délit tenté ou manqué, une peine moins grave?

191. Un premier point est désormais acquis dans l'évolution des législations pénales. Les phénomènes du monde intérieur :

âge[3] reproduisent, a été longtemps méconnu[4] : les protestations des jurisconsultes l'ont fait entrer dans la loi positive moderne comme une sorte d'axiôme : *Cogitationis pœnam nemo patitur.* Mais pour résoudre les autres questions, deux points de vue différents peuvent être adoptés : le point de vue *subjectif,* suivant lequel l'acte n'est incriminé que parce qu'il manifeste une volonté sérieuse de commettre le délit; le point de vue *objectif,* suivant lequel on ne tient compte de la *voluntas sceleris,* quelque certaine qu'elle soit, que si elle se réalise par un acte en lui-même criminel. Ces deux points de vue ne sauraient être utilisés, en les isolant l'un de l'autre. Tout le monde sait qu'il y a, en matière de répression, deux éléments dont il faut tenir compte, le *fait* et l'*agent.* Le fait, par cela seul qu'il est érigé en délit, est un acte qui trouble l'ordre social, soit à raison du dommage qu'il cause, soit à raison du danger qu'il fait craindre. Mais l'*atteinte à un droit* fixe le domaine de la loi pénale, comme il détermine celui de la loi civile; or, l'individu qui *attaque*

faveur des Rhodiens, auxquels on reprochait d'avoir eu la pensée de secourir Persée contre les Romains : *Et quis tandem est nostram qui quod ad se attinet, æquum censeat quemquam pœnas dare ob eam rem quod arguebatur male facere voluisse? Nemo opinor; nam ego quod ad me attinet, nolim* (Aulu Gelle, *Nuits attiques*, t. VII, p. 3). Cette idée a été reproduite, d'une façon plus concise, par Ulpien, dans la formule célèbre : *Cogitationis pœnam nemo patitur*, L. 18, D., *De pœnis*, XLVII, 19. Un certain nombre de textes proclament l'impunité des faits purement psychologiques, L. 5, D., *Ad S.-C. Turpill.*, XLVIII, 16; L. 1, D., *De furtis*, XLVII, 2; L. 225, D., *De verb. sign.*, L, 16. Le triomphe de ce principe est d'autant plus remarquable que le droit romain, comme nous l'avons déjà constaté, a donné à l'élément subjectif du délit la place essentielle. Les textes qui semblent faire dépendre le délit de la seule volonté criminelle s'expliquent par ce point de vue, ou bien ils parlent non de la seule volonté mais de la volonté manifestée par des agissements extérieurs. Voy. par exemple : Paul, *Sent.*, V, 25, n° 3; L. 14, D., *Ad. leg. corn. de sic.*, XLVIII, 8.

[3] Voy. Viollet, *Les Établissements de Saint-Louis*, t. I, p. 235, et les textes qu'il cite.

[4] C'est pour le crime de lèse majesté qu'une exception fut faite dans le droit romain et passa dans l'ancien droit français. Voy. Paul, *Sent.*, V, 29, n°s 1 et 2 : L. 7, § 3, D., *Ad leg. Jul. Maj.*, XLVIII, 4; L. 3 et 5 pr., C., *eod. tit.*, IX, 8. Voy. pour l'ancien droit : Jousse, *Traité de la just. crim.*. t. III, p. 697.

manque au respect qui est dû aux droits d'autrui. Sans doute, il y a déjà un manque de respect des droits d'autrui dans la pensée de les violer. Mais si, en morale, on pêche par pensée comme par action, la loi pénale ne retient que les actes qui troublent ou qui gênent la jouissance des droits. Les pensées, les résolutions, les projets, les actes même qui en préparent l'exécution, échappent à son empire, parce qu'ils ne portent aucune atteinte à la sphère juridique d'une personne. D'où il suit que c'est à la *tentative,* c'est-à-dire à l'*attaque commencée* contre le droit dont la violation constituera le délit, que naît le danger éventuel qui donne prise à la répression. Mais pour déterminer le moment où commence l'attaque, il ne faut tenir compte, ni du résultat obtenu ni des moyens employés. L'*intention* de l'agent, c'est-à-dire l'élément subjectif, joue, à ce point de vue, un rôle prépondérant. Dans le délit parfait, l'*eventus,* c'est-à-dire le but à atteindre, se trouve adéquat à l'intention criminelle elle-même; dans le délit tenté, l'*eventus* ne répond pas à l'intention; aussi, le fait n'a d'importance, dans la tentative, que comme expression de la volonté criminelle. Par conséquent, ce qu'il faut rechercher, pour la punir, c'est d'abord si la volonté criminelle s'est révélée par un *acte non équivoque,* ensuite si cette volonté criminelle est *dangereuse*. Le fait incriminé, rapproché de l'intention, a-t-il ce double caractère? la répression s'impose, parce que, dans la législation de la tentative, on se préoccupe, non d'un mal causé, c'est-à-dire d'un acte en lui-même criminel, mais d'une manifestation de perversité. C'est l'agent que la loi frappe et non l'acte qui n'a de valeur que par l'intention de celui qui l'a commis[5].

ne contient aucune disposition générale sur cette matière et qui n'a même pas de termes techniques pour désigner ce que nous appelons *tentative*. *a*) Les *delicta privata* ayant pour cause la lésion d'un droit individuel et donnant naissance à une action pénale qui se confondait avec l'action privée, supposaient un dommage causé et, par conséquent, n'admettaient pas de tentative[7]. La question se trouve donc restreinte au domaine du droit pénal proprement dit, comprenant les *crimina publica* et les *crimina extraordinaria*. *b*) En ce qui concerne les premiers, la plupart des *leges publicorum judiciorum* qui réglaient, à la fois, la pénalité et la procédure pour chacun d'eux, prévoyaient et confondaient, dans la même peine, le crime consommé et certains faits qui manifestent simplement le dessein de le commettre. Mais ces faits paraissent avoir été réprimés comme *délits spéciaux* et non en vertu d'une règle générale sur la tentative. C'est dans cet esprit que fut rédigée, par exemple, la *lex Cornelia de sicariis* qui peut être choisie comme type caractéristique. Elle punit d'abord le meurtre, puis l'incendie, puis un acte préparatoire du meurtre, *qui cum telo ambulat occidendi gratia*, etc. Mais si elle frappe ces faits d'une peine égale, elle ne les considère pas moins comme entièrement distincts les uns des autres et ne les met pas en rapport avec la définition d'un crime pris pour type, dont ces actes constitueraient autant de dégradations successives[8]. *c*) Enfin, quant aux *crimina extraordinaria*, la tentative de plusieurs de ces crimes était punie, quelquefois moins sévèrement que le crime consommé, non par application d'une règle générale, mais en vertu d'une jurisprudence particulière à chaque crime. L'arbitraire du juge s'exerçait ainsi librement, et les décisions variaient suivant les circonstances.

193. Si le droit romain ne contenait aucune théorie juridi-

de Toulouse, 1862, p. 406 et suiv.; PERNICE, *Labeo*, t. II, p. 40 et suiv.; SEEGER, *Versuch des Verbrechen nach rœmischem Recht*, 1879.

[7] L. 1, § 2, D., *Quod quisque*, II, 2; L. 15, §§ 10 et 17, D., *De injuriis*, XLVII, 10; L. 21, § 7, D., *de furtis*, XLVII, 2.

[8] Voy. CHAMPCOMMUNAL, *op. cit.*, p. 40 et 45; MOLINIER, *Traité*, p. 50. On voit, par les textes cités par ces auteurs, que les Romains n'avaient pas, sur la matière, de théorie générale.

que sur la tentative, les glossateurs crurent en trouver une qui concordait plus ou moins avec les solutions romaines. En rapprochant et conciliant les textes, ils arrivèrent à formuler certaines règles générales, assez simples et assez rationnelles. On distingua, en matière de tentative, les *crimes ordinaires* et les *crimes atroces*. Les premiers n'étaient, en général, punis que lorsqu'ils avaient reçu leur exécution. Quelquefois, cependant, on punissait la tentative, mais d'une peine moindre que le délit consommé. Dans les *crimina atrociora,* on considéra moins l'événement que la volonté, qui était punie comme le crime même, dès qu'elle s'était manifestée par quelque acte prochain, c'est-à-dire par un acte d'exécution se rapprochant du crime. L'attentat fut donc assimilé au crime consommé[9]. Ce fut, par suite de ce précédent, que le Code pénal de 1791 punit la tentative d'empoisonnement ou d'assassinat à l'égal du crime[10]. Il s'écarta de notre ancienne jurisprudence en laissant impunies toutes les autres tentatives. La loi du 22 prairial an IV vint établir les bases d'une théorie générale de la tentative que le droit moderne devait adopter. « Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu[11] ». Cette loi ne parle que de

[9] Voy. SALEILLES, *op. cit.*, p. 335 à 347.

[10] A propos de l'assassinat, le Code de 1791 donne de la tentative une définition forcément spécialisée puisqu'elle ne vise qu'un crime particulier. Ce sera l'*attaque à dessein de tuer* (2e part., sect. 1, tit. II, art. 3). On retiendra cette expression d'attaque. Elle montre bien, comme nous l'avons

la tentative de crime proprement dite; il en résultait que la tentative des délits correctionnels n'était point punissable. Une loi du 25 frimaire an VIII, en correctionnalisant certains crimes, étendit le principe de la loi du 22 prairial an IV à ces nouveaux délits correctionnels et à quelques autres délits limitativement énumérés. Ce fut là le dernier état de la législation, antérieur à nos Codes. Il fut recueilli par les articles 2 et 3 du Code pénal de 1810. L'article 2 a été modifié, dans sa rédaction seulement, par la loi du 28 avril 1832[12].

§ XXVI. — PHASE QUI PRÉCÈDE LA TENTATIVE

(C. p., art. 2 et 3.)

194. De la volonté criminelle. — **195.** Des actes extérieurs qui la manifestent. Actes préparatoires. Actes d'exécution. — **196.** Pourquoi les actes préparatoires ne sont pas punis par relation avec le délit qu'ils ont pour but de faciliter.

194. La *pensée* criminelle est un mouvement psychologique dont nous ne sommes pas maîtres. Elle échappe à toute répres-

du dessein criminel soit *suivie d'un commencement d'exécution*. C'est par là que l'élément matériel de l'attaque au droit dont la violation constitue le délit se précise et se complète. Il ne faut pas, en effet, attacher une importance exagérée à une phrase du rapport d'E. Pastoret au conseil des Cinq-cents : « Le devoir de la répression et du châtiment existe dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat ». C'est supprimer de la définition de la tentative l'un de ces éléments, ou plutôt considérer que la définition de la tentative se trouve tout entière dans l'extériorisation de la volonté par un acte, tandis que la loi, en qualifiant cet acte de *commencement d'exécution*, indique à quelle condition la tentative existe et fait entrer, dans sa définition, cet élément essentiel. Voy. cependant : Saleilles, *op. cit.*, p. 349, dont la théorie nous semble exagérée.

[12] L'art. 2 du Code pénal de 1810 était ainsi conçu : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même ». La loi du 28 avril 1832 a supprimé quelques-uns des termes employés par l'art. 2, aujourd'hui ainsi conçu : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue... ».

que sur la [illegible] conception du délit, la volonté concordait [illegible] *culmen sceleris*). Tant que cette prochant [illegible] renfermée dans la conscience, taines régle[illegible] punir, puisque la *volonté cri-* distingue [illegible] du pouvoir social. Mais alors même les crim[illegible] par suite d'aveux, ou parce qu'elle au- que lors[illegible] d'autres, verbalement ou par écrit, elle dant, [illegible] par rapport au délit qu'elle annonce. [illegible] ne règle que les rapports des hommes [illegible] rapports ne peuvent être troublés que par des [illegible] la connaissance d'une résolution criminelle [illegible] est une cause d'inquiétude sociale ; mais c'est à la *police* [illegible] appartient d'agir pour *prévenir* sa réalisation et non à la [illegible] pour *réprimer* sa conception.

Le principe que la résolution de commettre un acte délictueux, même lorsqu'elle est constatée, échappe à toute répression, résulte, dans notre droit positif, de l'article 2 du Code pénal, qui punit la tentative, alors seulement qu'elle est « *manifestée par un commencement d'exécution* ». Ce principe est absolu et n'admet aucune exception.

C'est en vain qu'on a pensé[1] en trouver une dans les articles 305 et suiv. du Code pénal qui punissent les *menaces* : en effet, si la loi punit les menaces, ce n'est pas « qu'elle ait cru avoir une preuve matérielle et suffisante, donnée par le coupable, d'une résolution criminelle sérieuse », mais parce que la menace est plus et moins qu'une résolution, c'est un *acte matériel*, de nature à causer, *par lui-même*, un trouble social. Autre chose est la menace de tuer, par exemple ; autre chose, la résolution de

nonce, un acte de nature à troubler ce sentiment de sécurité que doit donner l'ordre établi.

Nous en disons autant du *complot,* que l'article 89, § 5, punit de la détention, sans qu'il ait été suivi d'aucun « acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution ». Le complot n'est pas, en effet, une simple résolution, mais une résolution d'agir, *concertée et arrêtée entre plusieurs personnes,* fait externe, que le pouvoir social peut et doit punir. C'est par suite de la même considération, que l'article 89, *in fine,* punit la *simple proposition,* même non agréée, de former un complot. Cette *invitation* à prendre part à un complot est un *acte de propagande,* dangereux pour l'ordre social. Mais la seule résolution de commettre le crime prévu par l'article 89, même communiquée à autrui, verbalement ou par écrit, pourvu que ce soit sans l'invitation d'y participer, ne serait pas punissable[3].

C'est enfin en qualité d'acte extérieur, alarmant pour la société, que le Code pénal punit, dans les articles 265 et suiv., modifiés par la loi du 18 décembre 1893, l'*association* et l'*entente* formée dans le but de préparer ou de commettre des crimes contre les personnes ou les propriétés.

C'est si peu la volonté, la résolution de commettre *telle infraction* que la loi veut atteindre, qu'elle érige les *menaces,* les *complots,* les *associations* et *ententes de malfaiteurs* en délits *spéciaux,* qu'elle ne considère pas ces faits comme des tentatives du délit que les coupables ont eu peut-être l'intention d'accomplir[4].

[3] Cfr. Boitard, sous l'article 2 du Code pénal, qui met très exactement ce point en lumière. — On remarquera que l'article 90, qui punissait de la détention, l'individu qui seul a formé la résolution de commettre un attentat contre la vie ou la personne du chef de l'État, dès qu'il a seul et sans assistance commis ou commencé un acte pour en *préparer* l'exécution, n'est plus en vigueur. Cette disposition était un des derniers vestiges des abus de répression auxquels avait donné lieu le crime de lèse majesté.

[4] Le Code pénal russe actuel est le seul, parmi les Codes européens, qui punisse la simple résolution criminelle, lorsqu'elle est constatée (art. 111). Cette disposition me paraît contraire aux principes rationnels du droit pénal. Mais je comprends très bien qu'une législation punisse, d'une manière générale, et comme *délits spéciaux,* les *propositions de commettre un crime,* car

195. Lorsque l'infraction est projetée, l'agent, s'il ne s'arrête, manifeste sa résolution par des *actes extérieurs,* tendant à la réaliser. Mais tous ces actes ne constituent pas l'*élément matériel,* nécessaire pour qu'il y ait infraction. La première forme que prend la réalisation de la résolution coupable, c'est l'*acte préparatoire,* par lequel l'agent dispose ses moyens d'action. La seconde forme consiste dans les *actes d'exécution.* Les uns et les autres sont des *actes matériels;* mais les seconds seuls sont incriminés comme actes de tentative.

I. Les faits préparatoires sont ceux qui ne constituent pas l'exécution du délit projeté, mais qui se rattachent à ce délit dans l'intention de l'agent et qui tendent ainsi indirectement à son exécution : c'est, par exemple, le fait de se procurer du poison, par rapport à l'empoisonnement; la fabrication d'un explosif, par rapport au crime d'explosion; l'achat d'une échelle pour commettre un vol. En ce qui concerne ces faits, trois règles doivent être posées.

1° Les faits préparatoires ne sont pas punissables comme *tentative* du délit que l'agent a en vue : ce délit n'est encore que *subjectif,* il n'existe que dans l'intention et par rapport à l'intention de l'agent. Mais pris en eux-mêmes, sans relation avec l'acte coupable qu'ils ont probablement pour but de faciliter, les actes préparatoires sont souvent incriminés par la loi pénale. Il s'en trouve, en effet, qui, par leur *nature* ou par la *condition* de ceux qui les commettent, sont généralement considérés comme des faits tendant à préparer, à faciliter ou à occasionner certains délits, et dont le caractère éventuellement dangereux

est suffisamment caractérisé pour être l'objet d'une prévision spéciale. La loi incrimine alors ces faits, non comme des *tentatives* de délits, mais comme des délits *sui generis*. On peut citer, à titre d'exemples, le port d'armes prohibées (C. p., art. 314); la contrefaçon ou l'altération de clefs (C. p., art. 339); les actes de violence, punis comme tels, bris de clôture (C. p., art. 437 et 456), violation de domicile (C. p., art. 134 et 184), etc. Ces divers faits peuvent donc avoir un double caractère : par eux-mêmes, et à raison de leur gravité propre, ce sont des *infractions spéciales;* par rapport aux délits qu'ils ont pour but de faciliter, ce sont des *actes préparatoires*. S'ils sont punis au premier point de vue, ils échappent à la répression au second. Le mouvement législatif moderne, en France comme à l'étranger, tend, de plus en plus, à prévoir et à punir comme des délits particuliers tous les actes *compromettants,* c'est-à-dire tous les actes par lesquels on peut porter atteinte à la sphère juridique des droits sans cependant y pénétrer encore. Dans cet ordre d'idées, la loi pénale se fait préventive.

2° Les actes préparatoires sont incriminés, par relation avec le délit même qu'ils ont en vue, lorsqu'ils sont l'*œuvre d'un complice :* ils empruntent alors la criminalité et la qualification du fait principal : ils sont punis parce que ce fait principal est puni et ils sont punis de la même peine que ce fait principal (C. p., art. 60, § 2).

3° Enfin, les actes préparatoires peuvent être punis par rapport à l'infraction, comme *circonstances aggravantes* du délit tenté ou consommé. C'est ainsi que l'escalade et l'effraction sont des circonstances aggravantes du vol.

II. Les faits d'exécution sont ceux dont la série et l'ensemble constituent le *corps du délit*. Or, le corps du délit n'est autre chose que le délit lui-même. La tentative prend naissance avec le premier acte d'exécution, et c'est à ce moment précis que commence la répression de la volonté criminelle manifestée par un acte extérieur.

196. La distinction, ainsi expliquée et limitée, il importe de rechercher quelle est la raison d'être de cette conception de la tentative, universellement admise par le droit pénal moderne,

et pourquoi toutes les législations exigent, pour l'existence de cette forme de criminalité, un commencement d'exécution du délit que l'agent a en vue. Les actes préparatoires ont tout d'abord un caractère *équivoque;* ils ne se rattachent pas à une infraction déterminée. Ce sont des actes à double sens, à double portée. Sans doute, l'achat, soit d'une arme non prohibée, soit d'une substance vénéneuse, peut constituer la préparation d'un assassinat ou d'un empoisonnement; mais cet acte peut être également indifférent, si l'acheteur n'a eu en vue qu'un usage licite de l'objet dont il s'est procuré la possession. La volonté de commettre le délit n'est, dans ces cas, aucunement manifestée par le *fait* considéré en lui-même, et cette incertitude sur la relation entre l'infraction et les actes qui ont servi à la préparer est, certes, un des motifs qui ont porté la loi à laisser les actes préparatoires impunis. Mais ce motif n'est pas le seul; car l'impunité existerait encore, même si la preuve était rapportée, par suite d'aveux ou par tout autre moyen, que tel acte n'a été accompli que pour préparer telle infraction. Cet acte obtiendra néanmoins l'impunité, parce qu'il n'a produit jusqu'ici aucun mal déterminé; parce qu'il n'en produira que par suite d'une persistance de volonté chez l'agent dont la loi n'est certaine que par l'exécution même de l'infraction; parce que, jusqu'à cette exécution, il est plus utile à la société de pardonner, pour arrêter l'agent, que de le frapper pour le pousser à consommer l'infraction. Ces motifs nous expliquent que le législateur ait puni, par exception, un acte préparatoire, dans l'article 89, § 1. Aux termes de ce texte, le *complot,* formé en vue de détruire ou de renverser le gouvernement, qui est puni, par le simple fait de

toute répression impossible. Mais c'est là une idée que nous développerons à propos des crimes contre la sûreté de l'État.

§ XXVII. — DE LA TENTATIVE ET DE LA CONSOMMATION DU DÉLIT

(C. p., art. 2.)

197. Des éléments de la tentative. — **198.** Du commencement d'exécution. — **199.** Double problème. Distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution. Question de droit. Critère de la solution. — **200.** De l'intention en matière de tentative. — **201.** Du désistement volontaire de l'agent. — **202.** Expression des conditions essentielles de la tentative punissable dans les décisions judiciaires. — **203.** Des deux formes de la tentative. Délit tenté. Délit manqué. Délit consommé.

197. La tentative légale est constituée de deux éléments et d'une circonstance essentielle : un élément matériel, le *commencement d'exécution du crime;* un élément intentionnel, la *volonté déterminée* de le commettre; une circonstance contingente, l'*absence de désistement* de l'agent. La réunion de ces trois faits permet seule, aux termes de l'article 2 du Code pénal, d'incriminer une tentative.

198. *Du commencement d'exécution en matière de tentative.* — En quoi consiste le commencement d'exécution qui rend la tentative punissable? Telle est la première question à résoudre. On est d'accord pour reconnaître qu'en sériant les actes extérieurs qui s'acheminent vers le délit, on en distingue de trois sortes : les *actes préparatoires,* les *actes qui tendent à l'exécution du crime,* les *actes d'exécution du fait matériel qui est incriminé.* Assurément, il n'est pas indispensable, pour que la tentative existe, que le fait précis, constituant l'infraction, se trouve commencé, par exemple que le voleur ait mis la main sur l'objet, qu'il se propose de soustraire, que le meurtrier ait porté le premier coup. Celui qui est surpris en train de forcer le meuble dans lequel se trouve la somme ou l'objet qu'il veut soustraire se rend coupable, sans contestation possible, d'une tentative de vol, comme celui qui est arrêté, au moment où il se précipite un poignard à la main sur sa victime, se rend coupa-

ble d'une tentative de meurtre. En effet, la tentative ne consiste pas seulement dans le commencement d'exécution de l'acte même qui constitue le crime, tel qu'il est défini par la loi, de la soustraction dans le vol, de l'homicide dans le meurtre, mais dans le commencement d'exécution du crime par des actes distincts qui en sont plus que la préparation. Il y a là une nuance délicate à saisir, que notre ancien droit avait finement analysée, en distinguant la tentative éloignée (*conatus remotus*), de la tentative prochaine (*conatus proximus*), mais qu'il ne faudrait pas exagérer, jusqu'à confondre, dans la tentative éloignée, ainsi que le faisait l'ancienne jurisprudence, des actes simplement préparatoires. En un mot, ce que l'article 2 incrimine, c'est le *commencement d'exécution du crime :* la loi veut que l'agent ait déjà commencé non pas le *crime même,* c'est-à-dire l'acte incriminé, mais l'*exécution du crime,* c'est-à-dire la série des actes en rapport immédiat et direct avec le but criminel à réaliser.

199. Il résulte de cette observation que s'il est facile de distinguer un acte préparatoire proprement dit d'un acte constituant le commencement du crime, il y a des faits indéterminés et équivoques qu'on peut être tenté de ranger soit dans la catégorie des actes préparatoires, soit dans celle des actes d'exécution? Le diagnostic de la distinction n'a pas été fait par la loi, car il était impossible, en présence de l'activité humaine et de ses formes si variées et si ondoyantes, soit de définir les actes d'exécution, soit de les énumérer. Faut-il en conclure qu'il n'existe pas, en cette matière, de règle juridique que le juge est tenu de respecter à peine de nullité de sa décision? La question

tème, pour ne voir, dans la distinction de l'acte préparatoire et de l'acte d'exécution, qu'une question de fait. Depuis, elle est revenue à sa première solution[1], et cette jurisprudence est approuvée par presque toute la doctrine[2]. Il appartient, sans doute, souverainement, aux juridictions d'instruction ou de jugement, de constater que l'agent a accompli *tel* acte, dans l'intention de commettre *tel* délit; mais si les faits sont *faussement qualifiés d'actes d'exécution* ou *d'actes préparatoires,* cette qualification devra être rectifiée par la Cour de cassation, qui a toujours le droit de contrôler les conséquences légales que les juges tirent des faits qu'ils ont d'ailleurs souverainement constatés. La loi, sans doute, n'a pas défini les actes d'exécution constitutifs de la tentative, mais elle exige des actes d'exécution, et c'est la violer que de refuser ou d'attribuer à tort ce caractère aux actes relevés dans le jugement. En un mot, des deux éléments de la tentative, l'élément *intentionnel* et l'élément *matériel,* le premier seul sera souverainement apprécié par les juges du fait. Seulement, avec le mode de position des questions en cour d'assises adopté en cette matière, nous verrons que le contrôle de la Cour suprême ne peut pas s'exercer sur les déclarations du jury. En effet, dans la pratique, les jurés sont interrogés sur le point de savoir si l'acte incriminé constitue l'exécution de tel crime. L'appréciation du jury étant souveraine échappe, par conséquent, à la Cour de cassation.

II. Si la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution constitue une question de droit, il faut se demander à quel signe reconnaître les uns des autres. Ce problème capital est différemment résolu par les partisans des deux opinions, *objective* et *subjective,* sur la nature de la tentative.

Dans le système objectif, un acte ne sera considéré comme

§ XXVII. [1] Voy. notamment : Cass., 14 oct. 1854 (S. 54.1.125) ; 20 juill. 1861 (S. 61.1.1020); 1er mai 1879 (S. 80.1.233); 12 avr. 1877 (S. 77.1.329); 2 juill. 1886 (S. 87.1.489). Ce dernier arrêt offre quelque incertitude et on y trouve des motifs contradictoires rappelant à la fois les deux phases opposées de la jurisprudence antérieure. Voy. MOLINIER, *Traité*, p. 72.

[2] Conf. BLANCHE, *op. cit.*, t. I, n° 12. Mais en sens contraire : CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n° 255.

formant l'élément matériel de la tentative, que s'il réunit les deux conditions suivantes : il faut : 1° que cet acte présente un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue; 2° que ce rapport résulte de l'acte lui-même. En effet, dit-on, la différence essentielle entre les actes d'exécution et les actes préparatoires consiste en ce que ces derniers n'ont pas de signification précise, qu'ils ne révèlent pas l'intention déterminée de l'agent, tandis que les premiers sont si intimement liés avec le délit que, à leur seule inspection, on doit, en principe, se rendre compte de l'infraction que l'agent avait entreprise.

Mais on ne peut songer à s'arrêter uniquement à la *nature* de l'acte pris en lui-même, sans rapprocher *extrinsecus* cet acte des circonstances et du but que poursuivait l'agent. Il y a, en effet, deux catégories d'actes d'exécution : ceux qui consistent dans le fait même du délit, et ceux qui consistent dans des faits voisins du délit qui en sont le commencement d'exécution. Les premiers seuls ne laissent aucun doute sur l'intention de l'agent; les seconds ont un caractère moins déterminé et doivent être rapprochés de cette intention, dont la recherche préalable s'impose au juge. N'oublions pas, en effet, que, dans la répression de la tentative, c'est, avant tout, la volonté criminelle, manifestée par des actes extérieurs, que la loi pénale veut atteindre. Tel était le point de vue de notre ancien droit; rien ne prouve qu'il ait été abandonné par le droit moderne. Sans doute, même en matière de tentative, l'intention n'est pas réputée pour le fait; mais ces deux éléments, l'intention et le fait, s'éclairent et se précisent l'un l'autre dans cette forme d'incrimination.

intérieure) est évidemment un acte d'exécution, bien qu'il ne soit pas encore le commencement du fait matériel constitutif du délit. On est d'accord sur ce point. Mais en est-il de même de l'*effraction extérieure?* de l'*escalade?* de l'usage effectif de *fausses clefs?* Ainsi, un individu est surpris, au moment où il s'efforce de pénétrer, par escalade, dans un appartement, de fracturer une porte d'entrée, soit d'appartement, soit de maison. Quel but poursuivait-il? au premier abord, il est impossible de le dire. Peut-être avait-il formé le dessein de voler; peut-être, celui de tuer; peut-être, si une femme était couchée dans la maison, voulait-il la violer? On peut, suivant les circonstances, se trouver en présence d'un voleur, d'un assassin, d'un séducteur. Pour résoudre la question de savoir quelle est la signification précise des actes reprochés à l'inculpé, il faudra donc, avant tout, rechercher quelle était son intention. Mais, cette intention constatée, et sous la réserve de circonstances qu'il est difficile de prévoir à l'avance, je crois qu'une distinction est à faire suivant que le délit auquel auront tendu ces actes sera un vol ou tout autre crime. On peut dire, en effet, que l'escalade, l'effraction, l'usage de fausses clefs, sont des actes d'exécution du vol (C. p., art. 391 à 398), et que l'agent, dès qu'il a fait effort pour vaincre les obstacles sérieux qui s'opposaient à son dessein, est en pleine exécution du délit. Le reste, la soustraction, n'est qu'un jeu pour lui : le *processus ad actum,* qui caractérisait, d'après nos anciens auteurs, la tentative, est presque achevé. Mais s'il s'agit d'un autre crime, par exemple d'un meurtre, la solution ne saurait être la même. Ce n'est plus commencer l'exécution du crime que de pénétrer, même par escalade et effraction, dans une maison, avec le dessein de tuer. Ces actes sont trop éloignés de l'homicide pour en être, dans le sens de l'article 2, le commencement. Mais que l'on suppose l'agent, un poignard à la main, pénétrant dans une maison, et renversant d'un coup d'épaule la porte d'entrée, pour y trouver sa victime. Nous n'hésiterons pas à voir, dans cet ensemble de circonstances, le commencement d'exécution du meurtre. C'est qu'en effet, les solutions absolues ne peuvent être données que sous réserve de l'examen des faits, rapproché de

l'intention de l'agent[3]. — S'il s'agit d'un *empoisonnement*, le passage de l'acte préparatoire à l'acte d'exécution, soulève également de grandes difficultés. Un individu, par exemple, achète des substances vénéneuses, dans le dessein d'empoisonner un de ses parents, et il les remet à un domestique, qui s'engage, moyennant un prix, à faire prendre ces substances à la personne désignée ; ce domestique, saisi de remords, avant tout autre acte, dénonce le marché à la justice : y a-t-il, dans ces faits, un commencement d'exécution du crime d'empoisonnement? Nullement; car ces actes : acheter du poison, le remettre à un tiers, s'entendre avec lui pour le faire prendre, ne sont que des actes préparatoires de l'empoisonnement[4]; mais si le domestique avait jeté le poison dans les aliments de la victime et avait mis ces aliments à sa disposition, il y aurait, par ce fait seul, commencement d'exécution du crime, à plus forte raison s'il les lui avait présentés. Sans doute, le seul fait de jeter du poison dans les aliments de la personne dont on désire la mort, n'est, en réalité, qu'un acte préparatoire, analogue au fait de charger l'arme destinée au meurtre; mais si ces aliments sont placés, par l'agent, de

[3] La difficulté a ainsi donné lieu à trois opinions. 1° D'après la première, qui s'inspire du système objectif, l'escalade et l'effraction extérieures ne peuvent jamais être des actes d'exécution, puisqu'il n'y a aucun rapport de causalité entre un crime déterminé et ces actes, et qu'on ne peut les qualifier que par la connaissance acquise *extrinsecus* du projet criminel. *Sic*, LABORDE, *op. cit.*, n° 104; MOLINIER, *Traité de droit pénal*, t. II, p. 59; CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, n° 256 ; CHAMPCOMMUNAL, *op. cit.*, p. 56. 2° D'après la seconde opinion, l'escalade et l'effraction se précisent par la révélation du but poursuivi et peuvent être incriminées comme tentative du crime quel-

manière que la personne à laquelle ils sont destinés doive normalement les consommer, il y a commencement d'exécution de l'empoisonnement[5]. — Pierre a projeté un *meurtre :* il est venu se placer en embuscade : c'est un acte préparatoire; au passage de la personne attendue, il l'a couchée en joue, mais il est empêché de tirer parce que son arme est relevée par un tiers : y a-t-il tentative? Je le crois[6]; elle sera mieux caractérisée si Pierre s'est élancé sur sa victime, l'a saisie; mieux encore s'il l'a frappée. — S'il s'agit d'*incendie* ou d'*explosion,* le fait de s'être procuré des matières inflammables ou explosives ne sera qu'un acte préparatoire et ne pourra être puni que comme délit *sui generis;* mais si l'agent les dispose de telle sorte que, sans autre participation de sa part, l'incendie ou l'explosion devait probablement avoir lieu, il y aura tentative; à plus forte raison, s'il y a mis lui-même le feu ou s'il a essayé de produire l'explosion. — Un individu, engagé dans les liens du mariage, fait des démarches, auprès des officiers de l'état civil, pour préparer un second mariage; il requiert la publication des bans et la fixation du jour de la célébration. Ce sont là des actes préparatoires de la bigamie[7]. Jusqu'à ces actes, pas de répression, car il n'existe pas encore de corps de délit. J'en dirai autant, s'il avait été procédé aux publications de mariage; si l'inculpé avait même fait dresser et signer un contrat pécuniaire de mariage[8]. Mais l'inculpé se présente, avec des témoins, à la mairie, pour la célébration du mariage : il y a commencement d'exécution, et la tentative de bigamie existe[9]. Elle sera certainement mieux caractérisée si l'existence du premier mariage a été fortuitement

[5] Comp. Cass., 29 juill. 1861 (D. 61.1.405); 17 déc. 1874 (S. 75.1.385), et la note; Rossi, t. II, p. 299; Bertauld, p. 210; Calmètes (*Gaz. des trib.*, des 24 et 25 oct. 1831).

[6] Comp. Paris, 28 juill. 1848 (D. 49.2.166), et la note.

[7] *Sic,* Angers, 29 mai 1829 (D. J. G., v° *Bigamie,* n° 22); Douai, 26 août 1836 (*ibid.,* n°s 22 et 23); Cass., 30 juin 1840 (D. J. G., v° *Tentative,* n° 67).

[8] *Sic,* Paris, 30 juin 1840 (D. J. G., v° *Tentative,* n° 67).

[9] *Sic,* Cass., 28 juill. 1826 (D. J. G., v° *Bigamie,* n° 19). Voy. Benech, *Revue Wolowski,* 1841, p. 132.

découverte, alors que l'officier de l'état civil avait déjà commencé à procéder à la célébration même du second.

En résumé, pour déterminer avec exactitude le point initial de la tentative, le juge recherchera : 1° quelle infraction l'agent avait l'*intention* de commettre, ce qui sera une *question de pur fait* à examiner et à résoudre d'après les circonstances de la cause et appréciée souverainement par les juges; 2° l'acte accompli est-il un *commencement d'exécution de l'infraction* voulue par l'agent, ce qui sera une *question de droit*. Mais, à ce dernier point de vue, la loi n'exige pas qu'il y ait un rapport de causalité, résultant de l'acte lui-même, avec l'infraction que l'agent veut réaliser : ce qui est nécessaire mais suffisant, c'est que l'acte tende directement et immédiatement à l'accomplissement du crime, et qu'on puisse dire de l'agent qu'il est dans la période d'exécution de son dessein criminel. L'idée que les italiens expriment par l'expression intraduisible de l'*univocita* des actes d'exécution est un concept tout relatif, car, suivant les circonstances et suivant les crimes, tels actes, l'escalade et l'effraction, par exemple, seront tantôt des actes d'exécution tantôt des actes préparatoires[10].

200. *De l'intention en matière de tentative.* — La tentative, comme l'origine étymologique du mot l'indique[11], suppose que

[10] CARRARA a consacré au critère de la distinction entre les actes préparatoires et les actes d'exécution une de ses meilleures brochures : *Sinopsi delle mie opinioni sul conato, composta ad uso dei miei scolari* (Lucca, 1878). Comp. LUCCHINI, *Rivista penale*, t. XXII, p. 83.

[11] Tentative dérive du mot latin : *tentare*, s'efforcer, fréquentatif de *tenere*. Cette expression, suivant LITTRÉ (*Dict.*, v° *Tenter*), indique un effort vers un

l'acte incriminé tend à consommer tel délit. Ainsi, Pierre frappe Paul d'un coup d'épée : il ne peut être question de déclarer Pierre coupable d'une tentative de meurtre, que si l'on démontre d'abord que Pierre a eu l'*intention* de donner la mort à Paul. En matière de tentative, il faut répéter, avec le jurisconsulte Callistrate : *voluntas spectatur non exitus*. L'examen de l'existence et du degré de la volonté criminelle, essentielle pour tout délit, le devient plus encore pour la tentative. Le *dol déterminé* est toujours une condition constitutive de cette forme d'incrimination.

201. *Du désistement volontaire de l'agent.* — L'agent qui a commencé d'exécuter le délit, peut cesser, avant que l'exécution soit complète, soit spontanément et par sa libre volonté, soit malgré lui et parce qu'il a été empêché de continuer par une circonstance indépendante de sa volonté.

a) Lorsque l'agent est arrêté, malgré lui, dans le cours de l'exécution, on dit qu'il y a tentative simple; quand il a fait tout ce qu'il pouvait et a exécuté complètement les actes nécessaires pour arriver à ses fins, mais que le résultat n'a pas été atteint, on dit qu'il y a tentative achevée ou délit manqué. Ces deux formes de tentative sont prévues et punies d'une manière générale par l'article 2 du Code pénal. Nous verrons plus loin s'il y a lieu de les distinguer.

b) Mais, quel que soit le degré de l'exécution, tant que l'infraction n'est pas consommée, le désistement de l'agent est pour lui une cause d'impunité. C'est une raison de *politique sociale,* dictée par des considérations utilitaires, qui a fait admettre cette règle dans tous les pays, sauf en Angleterre. Le Code pénal français, dont la formule est reproduite par divers autres Codes, ne punit la tentative que « *si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ». La société a certainement plus d'intérêt à fermer les yeux sur les actes qui n'ont pas consommé le délit, pour prévenir le mal à faire, qu'à punir le mal déjà fait : or, il ne suffit pas, pour l'exercice du droit social de punir, que le châtiment soit juste en lui-même, il faut encore qu'il soit utile dans ses effets, condition qui ne se ren-

contre pas dans la punition de la tentative dont l'agent s'est désisté. La société, en déclarant punissable, dans tous les cas, le commencement d'exécution, pousserait elle-même le malfaiteur à l'exécution complète du délit. Cette amnistie accordée à l'avance, pour toute tentative volontairement interrompue, rentre dans la mission préventive de la loi pénale.

c) Le désistement de l'agent peut résulter du repentir; mais il peut aussi provenir d'une autre cause, de la crainte par exemple. Pour amnistier l'agent qui s'arrête, avant la consommation du délit, faut-il rechercher les *motifs* de sa conduite? Il existe, en législation, deux systèmes opposés, et ils se retrouvent dans l'interprétation du Code pénal français. L'un ne tient compte que du désistement inspiré par le repentir; l'autre en admet la validité, alors même que le désistement serait inspiré par la contrainte morale exercée sur l'agent par un fait extérieur. Ces deux solutions sont trop absolues l'une et l'autre. La loi ne se préoccupe certainement pas des motifs qui ont déterminé la volonté de l'agent; elle n'exige même pas que le désistement soit spontané[12]. Ce qu'elle demande, c'est que le désistement ait le caractère d'un *acte volontaire*. Il faut donc rechercher si l'agent avait la liberté morale de s'arrêter, si, pouvant achever son œuvre criminelle, il n'a pas voulu le faire. Dans ces conditions seulement, le désistement est une cause d'impunité[13].

Mais un acte d'exécution, suspendu volontairement, qui, dans l'intention de l'agent, était une tentative pour accomplir tel délit, peut constituer la consommation d'un autre délit[14], si bien

[12] Dans l'interprétation du Code pénal italien de 1889, la Cour de cassation

que l'agent, qui ne doit pas être poursuivi pour le délit qu'il a tenté, puisqu'il s'est désisté, peut l'être pour le délit qu'il a consommé. Ainsi, l'individu qui, voulant tuer, s'est arrêté après avoir porté un premier coup, alors qu'il pouvait achever sa victime, n'est pas coupable de tentative de meurtre, mais l'est certainement de coups et blessures (C. p., art. 307)[15].

202. Telles sont les conditions essentielles de la tentative punissable. L'existence de ces conditions doit être exprimée dans toutes les décisions des juridictions d'instruction, qui mettent en prévention ou en accusation pour crime ou délit tenté, comme dans toutes les décisions des juridictions de jugement, qui condamnent pour les mêmes causes[16]. Ainsi, pour les tentatives de *crime,* l'arrêt de la chambre des mises en accusation renverra, devant la cour d'assises, pour tentative, *manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant été suspendue ou n'ayant manqué son effet que par une cause indépendante de la volonté de son auteur.* En cour d'assises, la question posée aux jurés devra comprendre, à peine de nullité, ces éléments légaux de la tentative, qui seront réunis dans une question unique. Le président ne devra donc pas se borner à demander : *L'accusé est-il coupable d'une tentative de meurtre?* mais : *L'accusé est-il coupable d'avoir* (ici, la date) *commis une tentative de* (spécifier, ici, le crime, avec ses circonstances constitutives), *laquelle tentative, manifestée par un commencement d'exécution, n'a été suspendue,* — ou *n'a manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur*[17]*?* De même

la victime, si la soustraction n'a pas été consommée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, il y a, dans le fait d'homicide, tout à la fois un meurtre consommé et une tentative de vol, manifestée par un commencement d'exécution. *Sic,* Cass.. 17 juin 1875 (D. 76.1.41).

[15] Quelques législations le disent expressément. C. p. hongrois, art. 68; C. p. portugais, art. 12; C. p. russe, art. 114; C. p. de Finlande, chap. IV, § 2, al. 2.

[16] Comp. Cass., 4 avr. 1872 (S. 73.1.46); 22 déc. 1882 (*B. cr.*, n° 287); Chauveau et Hélie, t. I, n° 169; Blanche, t. I, n° 14; Le Sellyer, *Traité de la criminalité,* t. I, n° 31.

[17] La question est donc posée de telle sorte que les jurés, pour y répondre, doivent résoudre un point de droit, à savoir, si l'acte incriminé constitue le

encore, pour les tentatives de *délit*, dans l'opinion qui impose, pour la légalité de ces tentatives, les conditions prescrites pour la légalité des tentatives de crime, le tribunal correctionnel devra exprimer, dans sa décision, qu'il condamne pour tentative de tel délit, *manifestée par un commencement d'exécution*, etc.

203. La définition de la tentative, qui est donnée par l'article 2 du Code pénal, montre qu'il y a deux degrés dans la tentative. Il est question, en effet, d'actes d'exécution qui ont été *suspendus* et d'actes d'exécution qui ont *manqué* leur effet. Le délit *tenté* et le délit *manqué* sont des délits *imparfaits :* tel est leur caractère commun : aussi les oppose-t-on l'un et l'autre au délit *consommé*. Mais leur imperfection ne tient pas à la même cause, et c'est en quoi ils diffèrent. En effet, un délit peut être imparfait, parce que la série des actes qu'il suppose a été interrompue ou insuffisamment exécutée; mais il peut l'être aussi, quand l'action étant parfaite pour produire le mal du délit, l'agent n'a cependant pas obtenu le résultat qu'il en attendait : on dit, dans le premier cas, que la tentative a été *suspendue;* qu'elle a été *manquée*, dans le second. Ainsi, un individu verse une substance vénéneuse dans le verre de la personne qu'il veut empoisonner; au moment où celle-ci porte le verre à ses lèvres, le pharmacien, qui a vendu cette substance, inter-

commencement d'exécution de tel crime. Je crois que, pour obéir à la règle de compétence, qui défend de poser les questions de droit aux jurés, il serait nécessaire d'interroger le jury *en fait* et de lui demander, par exemple, si l'accusé a perpétré tel acte, dans le but de réaliser tel crime, et si cet acte n'a été suspendu ou n'a manqué son effet, sans que des circonstances indé-

vient et empêche la consommation du délit : l'empoisonnement a été *tenté*. Le poison a été bu par la personne à laquelle on le destinait, mais un antidote, pris à temps, a neutralisé ses effets; l'empoisonnement a été *manqué*. Dans ce cas même, il y a plus qu'un commencement d'exécution de l'empoisonnement, car, si nous consultons la définition de l'article 301 du Code pénal, le crime même a été *consommé;* en effet, pour la loi française, qu'est-ce qu'un empoisonnement? « Tout attentat à la vie « d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner « la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que « ces substances aient été employées ou administrées, et *quelles* « *qu'en aient été les suites* ». Cette définition prouve que, dans le sens légal du mot, l'empoisonnement est un crime *consommé,* même lorsque son effet est *manqué,* c'est-à-dire lorsqu'il n'y a eu qu'*attentat*. Quelle est donc la portée de l'article 2 du Code pénal, qui assimile les *délits tentés* aux *délits manqués,* sous le nom générique de *tentatives,* en les distinguant des *délits consommés?* Pour en comprendre l'intérêt, il faut nous fixer sur le point extrême de la tentative et nous demander à quel moment elle cesse, le délit étant consommé.

Dans le sens légal du mot, un délit est consommé lorsque le fait imputé réunit toutes les conditions que la loi exige pour l'existence de ce délit. Ainsi, pour savoir si le délit dont il s'agit est consommé ou s'il n'y a qu'une tentative, il faut examiner non pas si l'auteur a atteint son but, mais uniquement si le fait, qui est l'objet des poursuites, réunit tous les éléments constitutifs du délit tel qu'il est défini par la loi pénale.

Or, en examinant la définition légale des diverses infractions, on remarque qu'une notable différence les sépare, relativement au moment où elles doivent être considérées comme accomplies[18].

a) Souvent, la loi punit un *fait* déterminé, un fait, dont *l'exécution seule* constitue le délit. Ce fait peut avoir des résultats

[18] La distinction entre les délits appelés parfois *formels* et les délits *matériels* a été mise en pleine lumière par les criminalistes italiens. Cfr. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, § 91, p. 97; TOLOMEI, *Diritto e procedura penale*, t. I, p. 286.

préjudiciables, que le coupable a eus certainement en vue lorsqu'il l'accomplissait; mais le délit est *consommé,* encore que ces résultats n'aient pas été produits. Ainsi, le crime de fausse monnaie, prévu par l'article 132, est accompli, dès que les monnaies ont été contrefaites ou altérées, alors même qu'elles n'auraient pas été émises; le faux, prévu par les articles 145 et suiv., est consommé, alors même que le faussaire n'aurait pas obtenu les avantages qu'il attendait de l'acte falsifié; l'empoisonnement est accompli dès que les substances propres à donner la mort ont été absorbées, alors même que la mort ne s'en serait pas suivie. On ne peut donc considérer l'altération de monnaies, le faux, l'empoisonnement, dans le cas où ils n'ont eu aucun résultat, comme des *tentatives qui auraient manqué leur effet :* ce sont bien des crimes consommés.

b) Mais la loi ne se borne pas toujours à incriminer des actes, abstraction faite de leurs conséquences; elle exige, comme condition même de la consommation d'un grand nombre d'infractions, que l'exécution de l'acte délictueux ait produit son effet et que l'agent ait obtenu le résultat immédiat qu'il en attendait[19]. Les infractions de cette nature ne sont donc *consommées* qu'au moment où le mal du délit a été accompli. Il en est ainsi du meurtre, qui n'est consommé que par la mort volontairement donnée à la victime (C. p., art. 295); de l'avortement, qui n'est consommé que par la réussite des manœuvres abortives (C. p., art. 317). Toutes les fois donc que l'infraction, telle qu'elle est définie par la loi pénale, consiste dans un effet déterminé, tel que, un homicide, un avortement, etc., l'action, exécutée dans l'intention de réaliser cet effet, ne forme qu'une tentative, quand

légal, comme une *tentative* de crime et non comme un crime *consommé*.

Cette distinction, qui existe dans presque toutes les législations, est-elle rationnelle? On a prétendu qu'elle ne se justifiait pas, et que, logiquement, chaque infraction devrait être définie par le mal qui, en réalité, la caractérise. Mais on ne s'est pas aperçu, en émettant cette critique, qu'on marchait au rebours de l'évolution des législations pénales; celles-ci deviennent de plus en plus préventives : or, les faits incriminés en eux-mêmes sont des faits au caractère essentiellement *compromettant :* la loi serait bien imprévoyante si elle attendait qu'ils eussent produit un résultat, pour les considérer comme délictueux. Quoi qu'il en soit, par suite de cette distinction entre les *délits formels* et les *délits matériels,* l'étendue de la tentative se trouve plus ou moins restreinte suivant le caractère juridique de l'infraction.

La loi pénale tient-elle compte des conséquences de l'acte commis? La tentative peut alors se présenter sous deux formes différentes : elle peut être achevée ou inachevée. Elle est inachevée, lorsque l'agent n'a pu mener à leur fin les actes qu'il a entrepris : voulant tuer, il est empêché de tirer sur sa victime, parce que son arme est relevée par un tiers. La tentative est achevée, quand, l'exécution étant complète, le résultat voulu n'a cependant pas été atteint : ainsi le meurtrier a tiré, mais son coup a dévié. Dans le premier cas, le délit est *tenté :* il est *manqué* dans le second ; de sorte qu'il y a tentative simple ou délit tenté, quand l'infraction est imparfaite au point de vue de son exécution; il y a tentative complète ou délit manqué, quand elle est imparfaite au point de vue de son résultat.

La loi pénale réprime-t-elle l'acte commis indépendamment de ses conséquences? La première forme de la tentative est seule possible, et le délit manqué est juridiquement consommé.

Or, il importe de fixer avec précision le moment où l'exécution du fait délictueux cesse d'être une tentative et prend le caractère d'une infraction consommée : cela importe, non au point de vue de la peine, puisque l'infraction tentée est punie de la même peine que l'infraction consommée, mais au point de vue du *désistement volontaire de l'agent.* Tant que l'infraction n'est

pas consommée, la tentative pour la commettre reste impunie, si elle n'a manqué son effet que par la volonté même de l'auteur. Or, pour que l'agent puisse invoquer cette disposition, il faut que le fait, à raison duquel il est poursuivi, ne constitue qu'une tentative. La possibilité d'un *désistement volontaire* est de l'essence de cette forme d'incrimination. Mais dès que le délit est consommé, les actes par lesquels le délinquant essaierait de réparer le préjudice causé, anéantirait même, autant qu'il dépendrait de lui, les conséquences du fait délictueux, n'empêcheraient pas l'infraction d'avoir été consommée et la peine d'être encourue. La réparation du préjudice pourrait être une circonstance atténuante de la culpabilité, mais non un fait justificatif[20]. Ainsi, la décision, qui prendrait, pour fait interruptif d'une tentative de *vol*, la restitution volontaire de l'objet volé, serait rendue en violation de l'article 379, puisque le vol est consommé par la soustraction frauduleuse de la chose, c'est-à-dire dès que le voleur s'en est emparé dans l'intention de se l'approprier[21]. De

[20] Certaines législations admettent, — et cette règle me paraît fort raisonnable, dans son application aux délits contre la propriété, — que, même après la consommation de l'infraction, la réparation volontaire et complète du préjudice peut être un fait justificatif. C'est la théorie du repentir actif qui avait été entrevue par quelques anciens criminalistes et qui a été oubliée dans la plupart des lois modernes. La théorie du repentir actif n'est pas étrangère à notre législation. Dans certains cas, l'agent qui répare le préjudice causé bénéficie d'une excuse absolutoire : Code pénal, art. 247 et 357. Mais le projet de révision du Code pénal ne s'est pas inspiré de cette idée pour la généraliser; il passe complètement sous silence le repentir actif. Quelques Codes, entre autres celui de l'Allemagne, consacrent cette théorie utilitaire, dans des termes à peu près identiques : « La tentative n'est pas

même pour le joueur qui jette les cartes dès qu'il s'aperçoit que sa tricherie est découverte [22]. Ainsi encore, ce serait en vain que l'individu, qui a fait prendre une substance vénéneuse, en aurait paralysé les effets en administrant lui-même un antidote : car, aux termes de l'article 301, l'empoisonnement est un crime consommé, alors même que son effet est manqué [23].

En résumé, pour savoir si telle infraction est consommée ou s'il n'y a qu'une tentative, il faut examiner, non pas si l'auteur a atteint le but qu'il se proposait en commettant le délit, mais uniquement si le fait qu'il a accompli pour réaliser son projet, renferme tous les éléments constitutifs du crime, tels qu'ils sont précisés dans la définition qu'en donne la loi [24].

[22] Cass., 8 mars 1884 (*Gaz. du Palais*, 1884, 1.675).

[23] Cette proposition, dont l'énoncé seul implique une sorte de contradiction, montre le vice de la définition légale de l'empoisonnement donnée par l'article 301. Plus exactement, le Code pénal de 1791 qualifiait l'empoisonnement : *l'homicide commis volontairement au moyen de substances vénéneuses* (2e partie, tit. 2, sect. 1, art. 12), indiquant, par là, que la *consommation* de ce crime ne pouvait avoir lieu que par la *mort* de la victime. Le Code pénal belge de 1867 a repris la définiton du Code pénal de 1791. Cfr. Haus, *op. cit.*, t. I, n° 429; Blanche, *op. cit.*, t. IV, n° 514. V. cependant : Locré, t. XXX, p. 501.

[24] C'est, en termes équivalents, la formule même de l'article 52 du Code pénal toscan, qui décide « *che v' è consumazione, quando tutti gli elementi, che compozono la essenza di un reato, si trovano ruiniti nel fatto criminoso, di cui si tratti* ». Cette formule serait mieux à sa place dans un ouvrage de science que dans un Code. Quoi qu'il en soit, l'application de ce principe présente quelques difficultés. On peut éprouver des doutes sur le point de savoir si l'on classera un délit dans l'une ou l'autre des catégories que nous avons distinguées. Ainsi pour l'*incendie :* l'article 434 du Code pénal considère comme incendiaire « quiconque aura volontairement *mis le feu* à des édifices, navires, etc... ». Est-ce à dire que l'incendie soit consommé dès que l'agent a mis le feu à l'objet qu'il voulait incendier? Est-ce à dire que le repentir, qui porterait l'agent à éteindre, aussitôt après, l'incendie qu'il a allumé, serait trop tardif? Des criminalistes le pensent : par exemple, Chauveau et Hélie (t. VI, p. 71). Il me semble cependant résulter de l'ensemble des dispositions de l'article 434, qu'il n'y a d'incendie *consommé* que si le feu a causé un dommage sérieux, un « préjudice », suivant les expressions plusieurs fois répétées du texte. Par conséquent, si, avant que l'incendie eût causé un dommage sérieux, l'auteur avait lui-même fait manquer le délit, son repentir serait assez prompt pour lui mériter l'impunité. Dans ce

§ XXVIII. — DU DÉLIT IMPOSSIBLE[1]

204. Ce que l'on entend par délit impossible. Double problème. — **205**. Des deux écoles, objective et subjective. — **206**. Le Code pénal français est muet sur la question. Théorie classique excluant la répression en cas d'impossibilité. — **207**. Des causes d'où provient l'impossibilité. L'objet et les moyens. Impossibilité absolue, impossibilité relative. — **208**. Pour nous, l'impossibilité de fait est une circonstance accidentelle qui ne saurait empêcher la répression. — **209**. Mais l'impossibilité légale ne doit pas être confondue avec l'impossibilité de fait. — **210**. Des pratiques superstitieuses.

204. Il peut se faire que l'action s'accomplisse dans des conditions telles que l'agent soit condamné, malgré sa volonté, à un

sens : Cass., 21 août 1845 (D. 45.1.502); Haus, t. I, n° 495; Lainé, n° 176. Le § 310 du Code pénal allemand dit formellement : « *L'auteur de l'incendie ne sera pas poursuivi, lorsqu'il aura éteint le feu avant qu'il ait été découvert et avant qu'il en soit résulté un dommage autre que la combustion de l'objet destiné à servir de foyer à l'incendie* ». Nous reviendrons, du reste, sur cette question, à propos des éléments constitutifs de l'incendie.

§ XXVIII. [1] La question des délits impossibles a été particulièrement étudiée par les criminalistes français et étrangers. — Pour la France : Lefort, *De la tentative des crimes impossibles* (*Rev. gén. du droit*, t. II, 1878, p. 8); Villey, *Du délit impossible* (*La France jud.*, 1877-1878, t. II, p. 185 et suiv., et p. 191-194); Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable* (*Rev. pénit.*, 1897, p. 53 à 88, 321 à 357). On consultera également les ouvrages généraux, notamment : Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, n°s 167-174; Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. I, n° 251; Blanche, *op. cit.*, t. I, n° 251; et, surtout, Molinier, *Traité théorique et pratique*, t. II, p. 78 à 90. — Pour l'Allemagne : Baumgarten,

échec certain. Ce cas ressemble à la tentative achevée ou délit manqué, en ce sens que le but n'a pas été atteint, bien que tout ait été mis en œuvre pour cela; il se rapproche de la tentative inachevée ou suspendue, si l'on suppose des actes interrompus en cours d'exécution. Mais le délit impossible se sépare du délit tenté ou manqué en ce point essentiel que *le résultat voulu par l'agent ne pouvait être atteint* par manque d'objet ou insuffisance de moyens. Or, jusqu'ici, nous avons supposé un crime *réalisable* dans l'hypothèse où il a été entrepris, mais qui échoue par l'effet d'une circonstance accidentelle, tandis que le crime impossible est un crime irréalisable, un *crime* en quelque sorte, *putatif*. Cette situation soulève, en législation, un double problème : 1° il s'agit de savoir, en effet, si elle doit être assimilée, au point de vue de la répression, à la tentative suspendue ou manquée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, de telle sorte que l'impossibilité tenant au but ou résultant des moyens ne serait qu'un accident analogue à tous ceux qui empêchent la consommation du délit; 2° et, au cas où le délit impossible ne serait pas réprimé comme tentative, s'il conviendrait de le punir en lui-même et comme délit *sui generis*.

205. La solution de la première question dépend évidemment du parti que l'on prendra sur la nature *objective* ou *subjective* de la tentative. *a*) Pour ceux qui prétendent que la tentative ne peut être punissable que lorsque l'intention a été réalisée en partie, il est bien évident que toute tentative criminelle irréalisable doit échapper à la répression. Si la tentative n'est qu'un *fragment du délit* qu'il s'agissait de commettre, si la tentative résulte seulement d'une action capable de produire la conséquence désirée, il faut nécessairement que l'élément matériel de la tentative soit un acte en rapport d'efficacité avec le but poursuivi, un acte *idoine*. Ainsi, une femme, qui se croit enceinte et qui ne l'est pas, pratique des manœuvres abortives; un individu, qui veut employer du poison, par erreur, achète une substance inoffensive et la fait prendre; un individu qui se croit marié, se remarie, alors que sa première femme est morte : il n'y aura pas, dans ces cas, avortement, empoisonnement ou bigamie manqués. *b*) Mais pour ceux qui ne donnent d'impor-

lance au fait que comme expression de la volonté de l'agent, qui ne voient, dans les actes extérieurs, qu'une manifestation saisissable de la perversité criminelle, qui punissent l'agent et non l'acte, la question du délit impossible ne se pose pas. Dans la tentative, en effet, on ne punit pas le fait accompli par la criminalité de l'agent, mais la criminalité de l'agent révélée par le fait accompli. Qu'importe donc la cause de l'échec qui laisse la volonté inefficace, puisque la tentative suppose toujours une impossibilité spécifique ou relative de commettre le délit ?

206. En France, le Code pénal est muet sur la question des délits impossibles[2]. Mais la doctrine, presque tout entière, se rattache à la *théorie objective*[3]. Elle s'appuie particulièrement sur deux motifs.

[2] Le projet de révision du Code pénal est également muet sur la question des délits impossibles.

[3] C'est l'opinion de : CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n° 251 ; BLANCHE, *op. cit.*, t. I, n° 8 ; BERTAULD, *Cours de Code pénal*, 10e lec., p. 202 ; LAINÉ, *op. cit.*, n°s 167-174 ; VILLEY et CHAMPCOMMUNAL, *op. et loc. cit.* Dans la première édition de cet ouvrage, j'avais suivi la théorie généralement admise. Mais une étude plus attentive de la question, et surtout la répugnance qu'éprouve la conscience populaire à suivre les juristes dans cette voie, m'a fait modifier une opinion qui avait pour conséquence une impunité vraiment scandaleuse. La solution donnée par la Cour de Paris, dans un arrêt du 19 octobre 1894, relaxant, pour cause d'impossibilité, un pickpocket, ne trouvant rien dans la poche qu'il fouille, avait paru, tout au moins singulière et inattendue aux journaux quotidiens de tout genre qui l'avaient rapportée et critiquée : elle n'avait certes pas été ratifiée par ce sentiment public, instinctif et spontané, dont il ne faut jamais méconnaître et négliger la direction. N'est-il pas étrange, en effet, qu'un pickpocket échappe aux poursuites, parce qu'il plonge sa main

Le premier est un raisonnement en forme de syllogisme[4], basé sur les expressions de l'article 2 du Code pénal. L'*exécution*, dit-on, suppose la réalisation, et ce qui est vrai de l'exécution consommée est tout aussi vrai de l'exécution commencée. Or, dans la situation prévue, la fin du délit étant en dehors des pouvoirs de l'agent, les actes destinés à l'accomplir ne sauraient être considérés comme en étant l'exécution. Pour assimiler une infraction impossible à une infraction tentée ou manquée, il faudrait : ou que la loi pénale punisse la résolution de commettre un délit, lorsque cette résolution est certaine; ou que les actes accomplis par l'agent puissent être considérés comme le commencement d'exécution du délit que l'agent voulait commettre. Or, l'exécution d'un délit impossible est, en quelque sorte, imaginaire; il n'en subsiste, en réalité, qu'une résolution criminelle. Sans doute, les actes accomplis pour exécuter le délit, manifestent la volonté bien arrêtée de l'agent de le commettre, l'effort vers le délit; mais pour la justice sociale, l'*intention seule*, quelque certaine et quelque perverse qu'elle soit, ne peut imprimer aux faits qui la révèlent un caractère de criminalité qu'ils n'ont pas par eux-mêmes. Et on conclut de ces considérations qu'en l'état actuel de notre Code pénal, les délits impossibles restent impunis.

On fait, de plus, intervenir, dans la discussion, l'article 301 du Code pénal, qui définit l'empoisonnement tout attentat à la vie par l'effet de substances qui peuvent donner la mort. Il semble bien que le texte ait visé des substances toxiques, réellement efficaces à produire leur effet : il faut donc, pour qu'il y ait empoisonnement, qu'on ait employé de véritable poison; on en conclut que la tentative d'empoisonnement requiert également l'emploi de poison véritable. Il y aurait donc là l'application

s'est contentée de le résoudre par voie de prétérition; cependant, la solution implicite qu'elle lui a donnée est le dernier terme d'une évolution intéressante que j'ai indiquée dans une note sous l'arrêt précité.

[4] C'est Rossi, *op. cit.*, t. II, p. 142, qui est le premier auteur responsable de ce raisonnement. Il a été suivi, particulièrement, par Haus, *op. cit.*, t. I, p. 459 et suiv., p. 346 et suiv.; Lainé, *op. cit.*, n° 167. Je l'avais reproduit dans la première édition de cet ouvrage.

pure et simple d'une théorie générale en vertu de laquelle la tentative par des moyens insuffisants serait écartée par la loi en tant que tentative punissable.

207. Mais dans quelles hypothèses l'infraction peut-elle être considérée comme impossible à réaliser? Il y a des cas où l'impossibilité est tellement accidentelle et fortuite que la victime a échappé à un réel danger et qu'on serait conduit, par la logique rigoureuse du système, à réduire et même à supprimer, dans l'application, la répression de la tentative et du délit manqué, si l'on persistait jusqu'au bout dans une opinion intransigeante. Aussi essaie-t-on de rechercher et de classer les cas d'impossibilité.

En soumettant à l'analyse les diverses hypothèses qui sont de nature à se présenter, l'impossibilité réelle ou apparente de commettre une infraction peut provenir, soit de l'objet de cette infraction, soit des moyens employés, et, dans un cas comme dans l'autre, elle peut être soit absolue et radicale, soit relative et individuelle.

a) L'*impossibilité* qui tient à l'*objet* est *absolue,* quand cet objet n'existe pas ou quand il manque d'une qualité essentielle à son existence. Vouloir tuer une personne déjà morte, pratiquer des manœuvres abortives sur une femme qui n'est pas enceinte, c'est tenter un homicide ou un avortement qu'il est absolument impossible d'accomplir. L'*impossibilité* est *relative,* lorsque l'objet existe réellement, mais qu'il n'existe pas ou n'existe plus là où l'agent croyait le trouver. Deux espèces qui se sont présentées parfois devant les tribunaux en fournissent des exemples saisissants. Un malfaiteur décharge son arme dans une chambre où se trouvait habituellement la personne qu'il visait : par un heureux hasard, cette personne, à ce moment là, était absente[5]. Un

dans le tronc d'une église[6]; contrairement à toutes ses prévisions, le tronc était vide. Un pickpocket plonge sa main dans la poche d'un vêtement qui ne contenait aucun objet[7].

b) L'*impossibilité* qui résulte des *moyens* est *absolue,* lorsque, par eux-mêmes, ils ne permettent pas d'atteindre le but projeté. Ainsi, l'agent veut tuer, mais le révolver dont il se sert à cette fin a été déchargé à son insu[8]. L'*impossibilité* est *relative,* quand les moyens suffisent s'ils sont mis en œuvre avec habileté. Un anarchiste, lance une bombe explosive dans un théâtre, mais il ne sait pas se servir du détonateur, et la bombe n'éclate pas.

Voilà les principales causes d'impossibilité : quelles seraient celles qui s'opposeraient à l'application des règles de la tentative? On attribue à la jurisprudence de la Cour de cassation une distinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative : l'*impossibilité absolue* ne serait pas compatible avec la notion juridique de la tentative, mais l'*impossibilité relative* n'y ferait pas obstacle, aussi bien lorsqu'elle porterait sur l'objet même de l'infraction, que lorsqu'elle résulterait simplement des moyens[9]. D'après les arrêts, le meurtrier qui tire dans une

[6] La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 nov. 1876 (S. 77.1.48), admet, dans ce cas, la répression de la tentative. Il est dit, dans cet arrêt, que la circonstance dont il s'agit était étrangère à la volonté de l'agent, et qu'il n'y avait pas impossibilité absolue d'atteindre le but que celui-ci s'était proposé à son entrée dans l'église, but qui, d'après ses aveux, était le vol.

[7] La Cour de Paris avait décidé qu'il n'y avait pas tentative (Paris, 19 oct. 1896). Son arrêt a été cassé par la Cour suprême (Cass., 4 janv. 1895, S. 95.1.408; D. 96.1.21, et ma note), cette doctrine a été acceptée par la Cour d'Orléans sur renvoi (Orléans, 19 févr. 1895, S. 95.2.85).

[8] La Cour d'Agen a décidé que l'art. 2, C. p., était inapplicable dans ce cas : 8 déc. 1849 (S. 52.2.66).

[9] Cette distinction entre l'impossibilité absolue et relative paraît avoir été formulée, en doctrine, par Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 1002 et suiv., et no 1027, et Haus, *op. cit.*, t. I, nos 459 et suiv. Elle avait été déjà présentée, en Allemagne, par Mittermaier. Mais elle ne peut pas rendre compte de la difficulté. Si l'on se place, dans les conditions mêmes où les faits ont eu lieu, l'impossibilité est absolue, ou elle n'existe pas. N'est-il pas aussi absolument impossible de tuer un homme en tirant un coup de feu dans une chambre où il n'est pas, qu'en tirant sur un objet pris pour lui dans l'obscurité? Voy. Lainé, *op. cit.*, p. 132 et 133, qui a réfuté, d'une manière décisive, cette opinion intermédiaire.

chambre où il croyait trouver sa victime; le malfaiteur qui force le tronc vide d'une église; ou qui fouille un habit sans y rien trouver, commettent des tentatives punissables.

Si la jurisprudence, est telle qu'on nous la présente, elle mérite les plus sérieuses critiques. Quelle que soit la cause de l'impossibilité, il est toujours vrai de dire : l'infraction ne peut être exécutée; on ne peut pas plus commencer qu'achever ce qui est impossible. En un mot, l'impossibilité existe ou n'existe pas; et si elle existe, elle ne saurait être tantôt relative, tantôt absolue. Mais nous croyons qu'on n'a pas donné aux décisions de la Cour suprême leur véritable portée et qu'on s'est trop attaché à une phrase des motifs de l'arrêt du 1er avril 1877 (que, dès lors, *il n'y avait pas une impossibilité absolue* à ce que le crime pût être consommé). Au fond, pour la Cour suprême, la question des délits impossibles n'existe pas. A cet égard, l'arrêt du 5 janvier 1895 est caractéristique; il affirme, par voie de prétérition, il est vrai, qu'il est, à la fois, juridique et pratique de s'en tenir, purement et simplement, au texte de l'article 2 du Code pénal, et qu'en conséquence, il y a lieu seulement de rechercher si les éléments de la tentative, tels qu'ils sont caractérisés par l'article 2, se trouvent réunis.

208. C'est qu'en effet, toute tentative, manifestée par un acte ayant le caractère d'un commencement d'exécution, doit être punissable, sans qu'il y ait à examiner si elle est ou non réalisable et, au cas où elle ne le serait pas, d'où vient et comment se traduit l'impossibilité qui l'affecte. Deux motifs nous paraissent décisifs en faveur de cette interprétation de l'article 2 du Code pénal. Le premier est tiré de la nature même de la tenta-

rience qui a rendu le délit irréalisable. C'est ainsi que l'auteur d'un meurtre manqué aura tiré sur l'agent, mais en visant mal ou en ne calculant pas la distance, c'est-à-dire dans des conditions où il lui était aussi difficile de tuer que s'il avait tiré avec une arme déchargée à l'avance, ou dans une direction où il croyait, par erreur, que se trouvait sa victime.

Il est vrai que, pour éviter la contradiction qu'on aurait pu leur imputer, les partisans de la doctrine classique déclarent qu'en pareil cas, il n'y a pas délit impossible, mais délit manqué. N'est-ce pas jouer sur les mots? car le délit n'en est pas moins manqué par suite d'une impossibilité tenant au défaut de relation entre les moyens et le but (*idonéité des moyens*); et, à ce titre, il y avait bien, au moment où se plaçait le commencement d'exécution, impossibilité radicale de réaliser le délit.

L'argument tiré de l'article 301 du Code pénal, doit être écarté du débat, car cette disposition n'a pour but ni de confirmer ni d'infirmer notre solution. A tort ou à raison, le législateur a vu l'élément constitutif du crime d'empoisonnement, non dans l'homicide produit par le poison, mais dans l'emploi du poison pour produire l'homicide. Partant de cette conception discutable, il est logique de conclure qu'en dehors de l'usage d'une substance toxique, il ne saurait y avoir ni empoisonnement ni tentative d'empoisonnement. Car les éléments qui constituent le crime réalisé doivent se retrouver, *au moins en puissance,* dans la tentative elle-même.

209. C'est qu'en effet, à côté de l'*impossibilité de fait* dont il n'y a pas à tenir compte, parce qu'elle résulte d'une circonstance indépendante de la volonté de l'agent, il y a une *impossibilité de droit* qui implique l'inexistence de la tentative, parce qu'elle implique l'inexistence de l'infraction, telle que la loi l'a prévue et définie. La jurisprudence n'a jamais pu méconnaître que l'effort de l'agent, dans toute tentative punissable, devait avoir pour objet un *résultat en lui-même criminel,* et que là où ce résultat était irréalisable, là où la *matière criminelle* faisait défaut, il ne restait qu'une activité impuissante et inefficace. En effet, chaque infraction comprend un certain nombre d'éléments essentiels et, à leur défaut, elle disparaît. Il n'y a pas vol, si la

soustraction a pour objet une chose qui appartenait déjà à l'inculpé; il n'y a pas avortement, si les manœuvres abortives ont été pratiquées sur une femme qui n'est pas enceinte[10]; il n'y a pas empoisonnement, si les substances administrées n'étaient pas toxiques[11]; il n'y a pas homicide, si la personne qu'on voulait tuer était déjà morte. Dans ces diverses hypothèses, il est bien certain que l'effort tenté pour commettre le délit ne saurait, en aucun cas, aboutir, et qu'il reste une intention criminelle, *juridiquement* irréalisable : le délit est *légalement impossible,* parce qu'un de ses éléments constitutifs n'existe pas et ne peut exister, même sous forme de délit tenté ou manqué. Mais dès que la volonté du malfaiteur se manifeste dans des conditions normales, pouvant amener *légalement* la réalisation du méfait, il serait contraire à la justice et à la raison de faire profiter ce malfaiteur d'une circonstance *matérielle* qui lui est étrangère, bien qu'elle rende sa volonté inefficace.

Cette distinction entre l'*impossibilité de fait* dont il n'y a pas à tenir compte, et l'*impossibilité de droit* qui exclut tout délit, est en parfait accord avec la théorie mixte de la tentative dont le Code pénal de 1810 nous paraît être l'expression. La tentative implique un danger couru. Des faits inoffensifs ne constituent pas des faits punissables, parce qu'ils excluent la maté-

[10] *Sic,* Cass., 6 janv. 1850 (S. 59.1.362) : « Attendu que d'après l'esprit et les termes de l'article 317, la grossesse de la femme sur laquelle le crime est commis, est une condition constitutive de ce crime... Qu'il peut se faire que des pratiques coupables, semblables à celles que prévoit l'article 317, soient opérées sur une femme ayant l'apparence d'une femme enceinte, alors qu'en réalité il n'existe pas de grossesse, et que, par suite, il n'y a pas d'avortement possible; que là où se rencontre une impossibilité matérielle à la

rialité d'une agression. Que l'absence de danger provienne d'une erreur ou de l'ignorance de l'auteur, cela importe peu, et il est bien certain, par exemple, que celui qui poignarde un cadavre, croyant tuer une personne vivante, ou qui soustrait une chose qui lui appartenait, croyant que cette chose était à autrui, ne saurait, sans aberration, être déclaré coupable de tentative de meurtre ou de vol. La tentative, en effet, c'est l'attaque commencée contre le droit dont la violation constituera le délit. L'idée de la tentative ne contient pas, sans doute, l'idée que l'exécution du délit est réalisable, attaque n'est pas synonyme de victoire. Mais elle contient l'idée qu'un droit a été attaqué. Là où cet état de droit que la loi entend protéger fait défaut, il ne saurait y avoir de tentative, car il ne saurait y avoir de crime consommé.

210. Le même motif nous conduit à admettre que la tentative, avec des moyens insuffisants, n'est pas punissable, lorsque le choix de ces moyens est le résultat de la superstition ou de l'imbécillité. Que l'on fonde la répression de la tentative sur le danger couru, qu'on la fonde sur la perversité du criminel, le choix des moyens peut démontrer ou l'absence de danger ou l'inaptitude du criminel. L'acte et l'agent sont manifestement inoffensifs et la répression dépasserait toute mesure[12].

211. Les législations étrangères sont en désaccord sur la solution du problème des délits impossibles. Un grand nombre s'abstiennent de le résoudre, laissant à la jurisprudence le soin d'examiner si les éléments de la tentative se rencontrent dans cette situation[13]. Plusieurs législations, au contraire, ont pensé

[12] Qui songerait à incriminer, comme tentative de meurtre, la résurrection de la pratique de l'*envoûtement*, si répandue au moyen âge, et qui était considérée, dans notre ancien droit, comme un cas particulier du crime de magie? Voy. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. III, p. 756.

[13] La jurisprudence allemande, ayant à interpréter un texte qui n'est guère que la reproduction de l'article 2 de notre Code pénal en ce qui concerne la définition de la tentative (C. p. allemand, § 43), paraît admettre la punibilité de toute tentative impossible sans autre distinction, même au cas d'impossibilité absolue pour défaut d'objet. La sentence du Tribunal suprême de l'Empire du 24 mai 1880, qui a, la première, affirmé cette solution, et qui

qu'il était nécessaire de prévoir et de régler la difficulté. C'est ainsi qu'en Norvège, le Code pénal déclare la tentative punissable, pourvu que l'objet de l'infraction existe, sans tenir compte de l'obstacle qui s'oppose à l'exécution. Le projet du nouveau Code pénal espagnol est rédigé dans le même sens. Le Code pénal russe assimile également l'innocuité des moyens au cas fortuit, mais il prend soin d'exempter du châtiment celui qui, « à raison de son entière inintelligence ou superstition, n'a employé que des moyens manifestement inoffensifs, tels que les sortilèges et les incantations ». Enfin, dans d'autres pays, l'impossibilité, de quelque cause qu'elle dérive, empêche la répression. Le Code pénal italien de 1889 appartient à ce groupe de législations, ainsi que le projet du Code pénal autrichien.

Dans les pays qui écartent expressément toute assimilation du délit impossible au délit manqué, une question subsidiaire se pose. Il s'agit de savoir si la loi pénale ne peut pas et même ne doit pas incriminer les cas d'impossibilité, par une disposition spéciale, en les considérant comme des délits *sui generis?* Cette solution moyenne est préconisée, même par les auteurs qui se rattachent le plus nettement à la doctrine *objective*. La pénalité, qui serait prononcée dans ce cas, n'aurait pas pour but, d'atteindre les mauvais instincts de l'agent, mais bien de punir un acte considéré comme dangereux en lui-même[14].

produisit, dans le monde des jurisconsultes, une émotion si considérable, avait trait à un infanticide commis sur un enfant mort-né et que l'on avait cru vivant. Depuis, cette jurisprudence s'est affirmée par de nombreux arrêts;

§ XXIX. — DE L'INCRIMINATION ET DE LA PÉNALITÉ DE LA TENTATIVE

(C. p., art. 2 et 3.)

212. Des trois problèmes qui se posent. — **213.** La nature de l'infraction peut exclure le concept de la tentative. — **214.** Quand la tentative est possible, dans quels cas est-elle punie? Systèmes divers. Distinction faite par la loi française. — **215.** Lorsque la tentative est incriminée, elle est punie de la même peine que le crime consommé. Examen et critique de cette règle. — **216.** De la tentative en matière de crimes. — **217.** De la tentative en matière de délits. — **218.** De la tentative en matière de contraventions.

212. Trois problèmes se posent, à ce point de vue, dans toute législation : 1° L'incrimination de la tentative est-elle toujours juridiquement possible? 2° quand elle est possible, dans quels cas la tentative est-elle punie? 3° et, lorsque la tentative est incriminée, est-elle punie de la même peine que le crime consommé?

213. La nature même de l'infraction peut d'abord exclure le concept de la tentative.

a) De ce que cette forme d'incrimination représente un effort de l'agent vers un but déterminé, il en résulte qu'elle ne saurait exister dans les cas où la loi prononce une peine sans tenir compte de la volonté de l'agent, et sur la simple constatation d'une action ou d'une omission. C'est dire que la tentative d'une infraction non intentionnelle constitue une impossibilité juridique. Comment concevoir, par exemple, qu'un individu tente d'allumer un incendie, ou essaie de commettre un homicide, par négligence ou imprudence? L'énoncé seul de cette proposition en démontre l'absurdité. La tentative implique toujours l'intention criminelle. Mais cette intention peut être réfléchie ou irréfléchie, et la tentative ne cesserait pas d'être punissable parce que le coupable aurait agi sous l'empire de la colère. Cet état d'âme, qui exclut la réflexion, ne saurait cependant permettre d'assimiler des actes de violence à des actes d'imprudence, et la tentative ne cesse pas d'être punissable lorsque l'agent se laisse emporter par la passion.

b) Parfois, la définition même de l'infraction implique l'impossibilité d'incriminer la tentative. Il en est ainsi en matière de faux témoignage. Une peine n'est encourue qu'au moment où la déposition devient irrévocable. Or, de deux choses l'une : ou les débats sont encore ouverts, et alors la déposition peut être complétée ou rétractée; ou les débats sont clos, et alors il n'y a plus simple tentative, mais crime ou délit consommé. En sens inverse, il ne peut être question de tentative en cas d'attentat à la pudeur, car la tentative, dans cette forme d'incrimination, se confond avec la consommation du délit.

214. Lorsque la tentative est juridiquement possible, est-elle incriminée en règle générale? Il existe, à cet égard, trois systèmes bien différents dans les législations positives.

Le premier se caractérise par l'absence d'une disposition générale, faisant tomber la tentative sous le coup de la répression. On trouve seulement des dispositions spéciales punissant la tentative de tel ou tel crime déterminé. C'était, en réalité, le système du droit romain et de notre ancien droit. Il n'est plus représenté, dans le droit positif moderne, que par quelques législations[1].

La lutte sérieuse s'engage entre les deux autres systèmes, celui de la division tripartite et celui de la division bipartite des infractions.

En ce qui concerne l'incrimination de la tentative, le Code pénal français n'a pas une règle unique : il distingue suivant que la tentative a été commise en matière de *crime,* auquel cas la tentative est punissable, sauf exception; en matière de *délit,* auquel cas elle reste impunie, sauf exception; en matière de

D'autres législations[3], et leur nombre paraît s'accroître, repoussent la division tripartite des infractions, pour y substituer la division bipartite en *délits* et en *contraventions*. Elles soumettent les délits à un traitement analogue et déclarent, par conséquent, que leur tentative est punissable, à moins d'une exception formelle, tandis que la tentative des contraventions reste impunie.

De cette comparaison entre les divers systèmes d'incrimination de la tentative, il résulte que les uns et les autres s'inspirent d'une idée commune : la loi ne doit déclarer punissables que les tentatives qui ont pour objet des infractions graves. En effet, l'intérêt social, en ce qui concerne les infractions légères consommées, est déjà si faible, qu'il devient nul quand il ne s'agit plus que de simples tentatives. Lorsqu'un fait n'a causé encore aucun dommage, lorsqu'il n'est pas de nature à troubler la paix publique, la loi aurait tort de le réprimer. Aussi, dans tous les pays, la tentative de *contravention* échappe aux poursuites[4]. Et de cela il existe une double raison : la première, c'est que la loi ne s'occupe pas de l'intention criminelle pour punir de semblables faits; la seconde, c'est que les contraventions présentent si peu de gravité que ce serait dépasser toute limite raisonnable que de les punir avant leur consommation effective. Mais quels motifs y a-t-il de distinguer entre les *crimes* et les *délits?* Lors de la confection du Code pénal, deux motifs furent donnés à l'Empereur, qui interrogeait les conseillers d'État. La tentative de crime serait d'abord plus facile à constater que celle de délit. Ce motif est peu satisfaisant : les crimes et les délits ne sont pas profondément séparés les uns des autres, puisque le même fait, le *vol*, par exemple, avec une circonstance de plus ou de moins, peut être un délit ou un crime. Le véritable motif de la différence, c'est que les délits étant

[3] Code pénal espagnol, art. 3 et projet de révision, art. 20 et 21 ; Code pénal hollandais, art. 45 et 78; Code pénal italien, art. 61 et 62.

[4] Quelques Codes le disent expressément : par exemple, Code pénal hongrois des contraventions, § 26; Code pénal hollandais, § 46; Code pénal espagnol, art. 19. Voy. Marciano, *Inamissibilita del tentativo nelle contravenzioni* (*Critica forense*, t. II, p. 45).

moins graves que les crimes, le législateur peut plus facilement en négliger la tentative. Ce qui prouve que telle est bien la portée de la règle, c'est que toutes les fois que la tentative d'un délit est de nature à troubler l'ordre social, elle est, par exception, punissable.

215. Les principes de la tentative étant mis en rapport avec la gravité relative des infractions, nous devons les examiner en matière criminelle, correctionnelle et de police. Mais il existe une règle commune à tous les cas et qui caractérise, à l'heure où nous écrivons, la législation française, c'est l'assimilation, au point de vue de la peine, de la tentative à l'infraction consommée. Cette règle s'explique dans la théorie subjective dont elle est l'extrême corollaire. Que l'on se place au point de vue ancien et traditionnel de l'expiation due pour toute résolution criminelle devenue irrévocable et se réalisant en acte, que l'on se place au point de vue plus moderne de la défense sociale, pour laquelle il faut atteindre, non pas l'acte lui-même, mais l'agent dont l'acte a révélé les instincts pervers, on est naturellement conduit à ne pas se préoccuper de l'imperfection du délit, alors que l'agent a fait tous ses efforts pour le consommer. Celui-ci est aussi *coupable*, il est aussi *dangereux* qu'il ait réalisé son dessein criminel ou qu'il ait été arrêté en cours d'exécution, par une circonstance indépendante de sa volonté. C'est ainsi que l'école positiviste moderne et l'école spiritualiste, bien que partant de points de vue opposés, se rencontrent pour approuver le Code pénal français[6]. Et cependant, le sentiment populaire et instinctif proteste, à sa manière, contre cette assimilation de la tentative au délit consommé; son opposition se manifeste no-

tamment par les nombreux verdicts du jury qui obtiennent, au moyen des circonstances atténuantes, que l'auteur de la tentative soit puni d'une peine moindre que l'auteur du crime consommé[6]. L'un et l'autre cependant ont *voulu* le même crime; mais par un de ces hasards heureux, qui se mêlent à toutes les choses humaines, l'un a manqué son but et l'autre l'a atteint. Cela suffit pour motiver une différence de répression. C'est qu'en effet, il faut tenir compte, dans la mesure de la peine, des deux éléments, objectif et subjectif, qui justifient l'exercice du droit de punir. La loi française, en appliquant la même peine aux trois degrés de l'exécution qui cependant sont d'une gravité inégale, la tentative inachevée, la tentative achevée ou délit manqué, le délit consommé, a méconnu le principe de la *proportionnalité de la peine au délit*. Examinons, en effet, à ce point de vue spécial, les trois phases du délit.

1° La tentative inachevée n'est qu'un commencement d'exécution; elle représente seulement un effort de l'agent vers le délit; au double point de vue subjectif et objectif, la criminalité est moindre que dans l'infraction consommée, puisque, d'une part, l'exécution est incomplète et que l'agent n'a pas parcouru tous les degrés de l'infraction, et que, d'autre part, le préjudice est presque toujours nul. 2° Le délit est manqué, lorsque les actes d'exécution, bien que suffisants pour le réaliser, n'ont pas produit leur effet, par une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur. L'exécution est complète au point de vue des moyens employés, incomplète au point de vue des résultats. Mais si l'agent, dans le crime manqué, est aussi coupable que dans le crime consommé, la criminalité de l'acte est moindre, puisqu'il n'y a pas eu de préjudice. Entre la peine du crime tenté et celle du crime consommé, il y a une place intermédiaire à laisser pour la répression du crime manqué. 3° L'infraction consommée est celle qui est complète, tant au point de vue des moyens employés pour la réaliser que du résultat obtenu : elle seule mérite la répression édictée en vue du crime,

[6] Il est presque sans exemple que l'auteur d'une tentative de crime soit puni aussi sévèrement que l'auteur du crime.

puisque c'est, en face de cette situation même, que se place toujours le législateur lorsqu'il punit de telle peine quiconque a commis tel crime[7].

Au point de vue exclusivement utilitaire, ce système de châtiment gradué sera comme autant de barrières qui s'élèveront incessamment devant les pas du coupable[8].

216. *De la tentative en matière de crimes.* — La tentative de crime est punie comme le crime même. De cette règle générale, applicable, en principe, à tous les crimes[9], il faut conclure : 1° que si la tentative a été accompagnée d'une circonstance

[7] Le projet de révision du Code pénal français, rédigé par la Commission, repousse l'assimilation de la tentative au délit consommé. Mais il ne distingue pas les deux degrés de la tentative.

[8] L'article 52 du Code pénal belge punit la tentative de crime qui n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur « de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même ». Même disposition dans le Code pénal génevois (art. 5). Code pénal des Pays-Bas, art. 45 : « Le maximum des peines principales, fixées pour un délit, est diminué d'un tiers pour la tentative. Quand il s'agit d'un délit emportant l'emprisonnement à perpétuité, la peine d'emprisonnement est prononcée pour quinze ans au plus ». Le § 44 du Code pénal allemand distingue également, au point de vue de la pénalité, le crime ou le délit tenté du crime ou du délit consommé; son système se résume ainsi : la peine ne doit jamais atteindre le *maximum* de celle qui est prononcée contre l'infraction, et elle peut descendre au quart du *minimum* de cette même peine. Les trois peines fixes qu'organise la législation allemande, c'est-à-dire la mort, la maison de force et la forteresse à vie, sont transformées en un emprisonnement de trois à quinze ans. Le Code pénal allemand confond, du reste, dans la même disposition, le délit *tenté* et le délit *manqué*. Dans le groupe des législations qui distinguent entre les divers degrés de la tentative, ren-

aggravante, elle doit donner lieu à la même peine que si cette circonstance se trouvait jointe au crime consommé[10]. Mais il faut, dans tous les cas, qu'il y ait eu complète exécution du fait dans lequel la loi voit une circonstance aggravante[11]; 2° que l'individu, mis en jugement comme coupable d'un crime consommé, peut être jugé et condamné comme coupable de la tentative de ce crime, s'il résulte des débats qu'il n'y a pas eu consommation, mais tentative[12]; 3° que les complices d'une tentative doivent être punis comme les complices du crime consommé. Cette dernière conséquence résulte de la combinaison de l'article 2, qui assimile la tentative au crime même, avec l'article 59, qui frappe les complices des mêmes peines que les auteurs mêmes du crime[13].

La règle que la tentative de crime est punie comme le crime même, bien que générale, n'est pas absolue. Nous signalerons, plus tard, quelques exceptions, notamment en matière d'*avortement*.

217. *De la tentative en matière de délits.* — Aux termes de l'article 3, la tentative de délits n'est punissable « *que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi* ». Ces cas sont assez nombreux. Ainsi, pour le vol (C. p., art. 388 à 401), pour le détournement d'objets saisis (C. p., art. 406, § 2), pour l'escroquerie (C. p., art. 405), pour l'évasion de détenus (C. p., art. 231 à 245), la tentative est punie de la même peine que le délit consommé. Mais il faut poser, comme un principe absolu, qu'en dehors d'un texte formel, la tentative d'un délit de police

[10] Pour l'application, consultez : Cass., 7 déc. 1843 (D. 45.4.502); Orléans, 14 oct. 1842 (D. J. G., v° *Tentative*, n° 99).

[11] Ainsi, dans le système qui admet que l'escalade, à elle seule, peut constituer une tentative de vol punissable, il faut, pour qu'une pareille tentative puisse donner lieu à l'aggravation de la peine, que les éléments constitutifs de l'escalade, tels que l'article 397 du Code pénal les a définis, aient été constatés au moment où l'exécution a été suspendue. *Sic*, Cass., 3 avr. 1858 (S. 58.1.635; D. 58.1.343).

[12] Cfr. sur ce point : Chauveau et Hélie, t. I, n° 173; Carnot, *Instr. crim.*, t. II, p. 587; Legraverend, t. I, p. 125.

[13] Nous examinons plus loin les difficultés que soulève la combinaison des règles de la complicité et de la tentative.

correctionnelle reste impunie. Ce point n'a jamais fait de difficulté en jurisprudence. Aussi lorsque le législateur fait descendre une infraction du rang des crimes au rang des délits, doit-il prendre le soin d'édicter une disposition spéciale. Tel a été le procédé de la loi du 13 mai 1863, qui a correctionnalisé un certain nombre de crimes. Sans cette précaution, l'impunité existerait, même dans le cas où le fait illicite aurait été commis avant le changement de législation, tout adoucissement de peine profitant au coupable.

Lorsque la tentative de *délit* est punissable doit-elle réunir les conditions prévues par l'article 2 du Code pénal pour la tentative de crime, c'est-à-dire : 1° être manifestée par un commencement d'exécution; 2° n'avoir été suspendue ou n'avoir manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur? La jurisprudence, à propos de cette question, paraît avoir passé par trois phases successives : 1° On invoque d'abord le silence de la loi sur la définition de la tentative de délit pour reconnaître aux tribunaux correctionnels la faculté d'incriminer, sous cette qualification, même des actes préparatoires ou un commencement d'exécution volontairement suspendu[14]; 2° Puis, on semble admettre que les tribunaux correctionnels doivent caractériser la tentative de délit comme la tentative de crime; mais on dénie tout contrôle à la Cour de cassation, en cette matière, sur la qualification même des faits. Il suffirait que les tribunaux reconnaissent un prévenu coupable de tentative de délit, cette déclaration proclamerait implicitement l'existence des circonstances constitutives de cette tentative[15]; 3° Enfin, on reconnaît à la Cour suprême le droit de

rêt, si ces faits constituent ou non une tentative punissable.

C'est à cette dernière évolution de la jurisprudence que se rattache l'arrêt du 5 janvier 1895, déjà rapporté à propos de la tentative irréalisable, et c'est surtout à ce point de vue qu'il a de l'importance. La cassation de l'arrêt de la Cour de Paris implique en effet : 1° que les conditions de la tentative de délit punissable sont les mêmes que celles de la tentative de crime; 2° que la Cour de cassation a le droit d'exercer son contrôle sur la qualification donnée aux faits auxquels les tribunaux dénient le caractère de tentative et de casser, pour violation des articles 2 et 3 du Code pénal, combinés, dans le cas où les juges auraient refusé de voir une tentative de délit punissable dans des faits qui constituent un commencement d'exécution suspendu ou ayant manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent. Dans l'espèce, en effet, la Cour suprême relève les constatations de fait de l'arrêt : deux individus ont été surpris, le premier, introduisant la main dans la poche du veston d'un autre individu, en vue d'y commettre un vol, le second, masquant ses mouvements et faisant le guet, mais il est établi que la poche fouillée ne contenait absolument rien; et la Cour suprême voit, dans ces faits, une intention de vol, caractérisée par des actes extérieurs qui sont le commencement d'exécution du délit.

Cette manière de comprendre le rôle respectif des juges du fait et des juges du droit en matière de tentative de délit nous semble très exacte. La tentative de délit, pour être punissable, doit, en effet, présenter les conditions établies par l'article 2 en vue de la tentative de crime. Le doute sur cette solution n'a pu venir que du silence gardé par l'article 3, soit sur la définition de la tentative de délit, soit sur les circonstances qui la rendent punissable. Mais il faut combler, au moyen de l'article 2, les lacunes de l'article 3. Cette référence est conforme aux précédents : l'article 17 de la loi du 25 frimaire an VIII définissait la tentative de délits comme celle de crimes. Rien dans les travaux préparatoires du Code pénal ne dénote un changement de principe. Quant au silence de l'article 3 sur la définition et les conditions de la tentative en matière de dé-

lits, il s'explique naturellement par cette raison que cet article a uniquement pour but d'indiquer que cette tentative n'est pas punissable en règle générale, qu'elle l'est seulement dans les cas où la loi l'incrimine expressément. La tentative de délit étant *définie* comme la tentative de crime, la Cour suprême a le droit et le devoir de contrôler la qualification donnée aux faits, c'est-à-dire de rapprocher ces faits de la définition de la loi et de dire s'ils constituent ou non le commencement d'exécution incriminé. Si la matérialité des actes dépend, en effet, de l'appréciation souveraine des juges du fait, il en est autrement des conséquences légales qu'ils comportent [16].

218. *De la tentative en matière de contraventions.* — Les articles 2 et 3 du Code pénal ne font pas mention de cette tentative; de ce silence, on peut conclure, à bon droit, que la tentative de contravention n'est pas punissable. D'une part, les contraventions sont des fautes trop légères pour que la tentative en soit dangereuse pour l'ordre social; d'autre part, les contraventions constituant en général, des infractions que la loi punit, sans rechercher si elles ont été commises avec ou sans intention, il est naturel d'en négliger la tentative, et de n'incriminer que des faits accomplis.

[16] Le projet de révision du Code pénal a pris soin de lever tous les doutes, en disant, dans l'article 83, qui contient la définition de la tentative : « Toute tentative de *crime* ou de *délit*... ». C'est ainsi que procèdent la plupart des législations qui, après avoir suivi le Code pénal français de 1810, ont jugé nécessaire de le réviser. Ainsi, le Code pénal belge (art. 51), le Code pénal allemand (§ 43).

TITRE IV

DE L'INFRACTION DANS SES ÉLÉMENTS MORAUX

---

§ XXX. – DIVISION

219. Double question.

219. L'étude de la moralité d'une infraction implique l'examen de deux questions :

1° Il faut déterminer, d'abord, dans le cercle des êtres, à qui s'applique et pour qui est édictée la loi pénale? qui peut être agent, qui peut être patient du délit?

2° Ce premier point résolu, il faut déterminer à quelles conditions l'agent du délit en est responsable?

SECTION PREMIÈRE

Les agents et patients du délit.

§ XXXI. — QUI PEUT ÊTRE AGENT DE L'INFRACTION

220. Personnes physiques. Personnes morales. — **221.** Les personnes morales ne sont pas pénalement responsables. — **222.** De la responsabilité collective. Évolution dans les idées. — **223.** Les personnes morales sont civilement responsables.

220. Pour être imputable à quelqu'un, l'infraction doit avoir sa cause dans une *volonté* intelligente et libre, car il ne peut y avoir de culpabilité et, par conséquent, de *coupable* qu'à cette condition. Il est facile de conclure, puisque cette faculté ne se

rencontre que chez l'homme, que l'*homme* seul peut être agent du délit. Nous écartons naturellement, du cercle d'action de la loi pénale, les êtres, animés ou inanimés, autres que l'homme. Cependant, notre ancienne jurisprudence criminelle, qui s'inspirait des sentiments de vengeance et d'intimidation, a connu les procès faits « *aux bestes brutes et aux choses inanimées*[1] ».

§ XXXI. [1] AYRAULT, *De l'ordre, formalité et instruction judiciaires*, liv. IV, 1re partie, nos 25 et 26; BERRIAT SAINT-PRIX, *Rapports et recherches sur les procès faits aux animaux*, 1829; L. MENABREA, *De l'origine, de la forme et de l'esprit des jugements rendus au moyen âge contre les animaux*, 1846; DUMERIL, *Les animaux et les lois* (*Rev. gén. du droit*, 1880, p. 144); P. CROOS, *Procès faits aux animaux* (*La France judiciaire*, 1880, p. 417 à 428); JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, préface, p. 111 et suiv. De toutes les dissertations qui ont eu ces procès pour objet, la plus curieuse est celle de B. CHASSENEUZ. Elle forme le *Consilium primum* de son recueil de consultations, réédité à Lyon en 1588. Ce Traité *de Excommunicatione animalium insectorum* indique, avec détails, la manière de citer les insectes en justice et d'obtenir leur excommunication. — Les trois principes du talion, de l'intimidation, de la nécessité d'apaiser la colère divine par le châtiment, qui ont eu autrefois tant d'influence sur le droit pénal, expliquent ces singulières incriminations. Du reste, l'histoire du développement de l'esprit humain, en ce qui concerne le cercle d'étendue de la loi pénale, peut se diviser en quatre périodes : 1° Dans la première, la période *fétichiste* l'être, animé ou inanimé, est considéré comme raisonnable et traité comme tel. L'homme prête à la chose ses sentiments et ses passions; il la vénère, la hait ou la punit. 2° Dans une seconde période, l'animal, la chose inanimée est puni par *forme symbolique* et pour faire impression sur l'imagination populaire. Il faut que le peuple comprenne, par le spectacle de la peine infligée à un être non raisonnable, la gravité du délit commis par l'être raisonnable. 3° Puis, on voit l'animal et l'être inanimé, qui causent un préjudice dommageable, abandonnés à titre d'*indemnité*. L'abandon noxal, dont on trouve des traces dans un grand nombre de législations, et que le droit

L'homme est une personne. Or, les personnes sont *physiques* ou *morales*. Les premières, par cela seul qu'elles existent, s'imposent à la loi, qui n'a, en ce qui les concerne, d'autre mission que de les reconnaître. Les personnes morales, telles que l'État, les communes, les sociétés commerciales, etc., sont, au contraire, créées par la loi, qui a pour but de donner satisfaction à des intérêts collectifs ou permanents, en leur constituant un patrimoine; ce sont bien moins des personnes que des moyens ou instruments dont se servent les personnes véritables. Il est facile de déterminer, par le but même que poursuit la loi, en reconnaissant une personnalité à ces intérêts collectifs ou permanents, leur situation au point de vue juridique[2]. Les personnes morales, qui ne sauraient être reconnues *pénalement* responsables, peuvent l'être, au contraire, *civilement*, même par les tribunaux de répression[3], à raison des infractions commises par leurs agents. Ceci comprend deux propositions. Avant de les développer, une double observation doit être faite. 1° Une abstraction, telle que l'État, une commune, une société, n'agit pas; pour qu'elle manifeste sa vie juridique, le concours d'une ou plusieurs personnes physiques lui est nécessaire. Aussi, les personnes morales ont toutes des représentants : c'est le maire, par exemple, qui agit au nom de la commune; ce sont les gérants ou administrateurs qui agissent au nom d'une société. On comprend que ces représentants puissent, *à ce titre*, commettre une infraction : engagent-ils la responsabilité de l'être moral? Ainsi, l'administrateur d'une société de banque détourne les titres, qui ont fait l'objet d'un dépôt : la société, être abstrait, sera-t-elle responsable? 2° Il faut remarquer, d'autre part, qu'il existe deux catégories de personnes morales. Les unes, formées par une réunion d'individus et dont l'existence ne se conçoit pas

[2] Sur la question : Haus, t. I, nos 265-268; Ortolan, t. I, nos 491 et suiv.; Ziegler, *Die Verbrechensunfähigkeit juristicher Personen* (Mitau, 1852); von Kries, *De delictis universitatum* (Berlin, 1876); Hugo Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 23, p. 128; Lawenstein, *de Universitate non delinquente*, 1840; Brusa, *Saggio*, § 31; Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § 94.

[3] *Sic*, Cass., 31 mai 1855 (*B. cr.*, n° 110); Alger, 29 mai 1879 (S. 80.2.79).

sans cette réunion : ce sont les corporations ou sociétés de personnes (*Universitates personarum*) ; les autres, comprenant les établissements (*Universitates bonorum*) personnifient un intérêt général d'une nature permanente[4]; ce sont des agrégations d'intérêts. Or, si l'on peut concevoir, en ce qui concerne les premières, deux situations : un délit commis par le représentant de la corporation; un délit commis par ses membres; on ne peut concevoir, en ce qui concerne les établissements, les fondations, que la première situation. Ceci compris, nous avons à examiner distinctement la responsabilité pénale et la responsabilité civile des personnes morales.

221. *Irresponsabilité pénale des personnes morales.* — Il est évident qu'on ne peut songer à déclarer les *universitates bonorum* pénalement responsables. Ce sont des *abstractions* et non des êtres réels, contre lesquelles ne sauraient être dirigée une poursuite répressive et prononcée une peine quelconque. La question se comprend, au contraire, pour les *corporations,* soit à raison des infractions commises par les *individus* qui en font partie, soit à raison des infractions commises par leurs représentants. Mais comme l'action des personnes morales est restreinte aux droits et obligations qui se réfèrent au patrimoine, il n'est pas possible qu'elles tombent, comme telles, sous le coup de la loi pénale. Cela va de soi pour les infractions *intentionnelles,* puisque la collectivité n'a pas une volonté distincte de celle des individus qui la composent ou des représentants qui en sont les organes; mais nous l'affirmons également en ce qui concerne les infractions non intentionnelles, car, pénalement, on ne peut être responsable du fait d'autrui. Le délit d'une personne juri-

faits. Frapper la personne morale, ce serait, au fond des choses, frapper des individus : la responsabilité pénale d'un être abstrait est une fiction ; ce qui existe, c'est la responsabilité de ses membres. Or, le droit criminel n'admet pas de fiction, car, sous les fictions, vivent et agissent des personnes physiques, et ce serait sur ces personnes physiques que porterait, en dernière analyse, l'*incidence* de la peine. De deux choses l'une en effet : ou tous les membres de la corporation ont commis le délit, et tous doivent être punis d'une peine distincte et proportionnée à la culpabilité individuelle de chacun; ou quelques-uns d'entre eux seulement s'y sont associés, et, s'il est juste de punir ceux-là, il ne le serait pas de punir les autres membres de la corporation qui y ont été étrangers.

Aussi, lorsque le Code pénal a prévu et puni, dans les articles 123 à 126, les coalitions de fonctionnaires, les concerts de mesures contraires aux lois, pratiqués par « *des corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique* », il n'a pas songé à organiser une peine *collective* contre le *corps constitué,* mais il a frappé « *chaque coupable* » d'une peine individuelle. Dans notre système répressif, on ne pourrait songer à appliquer aux personnes juridiques que des peines pécuniaires, *confiscation* et *amende.* On devra les prononcer, *individuellement,* contre tous ceux qui ont participé à l'infraction, et non collectivement contre la corporation. A la vérité, l'article 2 du titre IV de la loi du 10 vendémiaire an IV porte que : « dans le cas où les habitants de la commune ont pris part aux délits commis sur son territoire par des attroupements ou des rassemblements, cette commune sera tenue de payer à la République une *amende* égale au montant de la réparation principale ». Mais cette disposition, que la loi du 5 avril 1884 (art. 106 à 109) a fait disparaître, devait être considérée comme une trace de ces responsabilités solidaires et collectives, si fréquentes autrefois.

En général, les législations modernes n'admettent pas la possibilité d'incriminer les personnes morales, sauf le droit de l'État de procéder à la destruction de leur existence juridique, quand,

en violant la loi, elles menacent la sécurité publique et l'ordre social[5].

La doctrine et la jurisprudence françaises reconnaissent que les personnes morales ne sont pas pénalement responsables. Les applications pratiques qui ont été faites de cette règle, qui n'est formulée par aucun texte, mais résulte, comme un corollaire nécessaire, du principe de la *personnalité des peines,* peuvent être groupées sous deux chefs :

1° Une première application est une application de *procédure.* Ni le ministère public ni la partie civile ne peuvent citer une corporation devant les tribunaux répressifs à l'effet d'obtenir contre elle une *condamnation pénale;* mais rien n'empêche la partie civile de la citer comme *civilement responsable* du fait de ses commis et employés, appelés à répondre directement d'une infraction. La citation donnée à une société ou corporation devant les tribunaux répressifs devrait être déclarée nulle, si elle se produisait dans d'autres conditions.

2° Une seconde application est une application de *pénalité.* Une peine d'amende ou de confiscation doit être prononcée *individuellement* contre chaque membre et administrateur de la corporation, et non uniquement contre la corporation elle-même.

De nombreuses décisions de jurisprudence sont intervenues en ce double sens[6].

[5] Le Code de Darmstadt déclarait expressément, dans son article 44, que quand la pluralité ou l'ensemble d'une corporation concourt à un délit, seuls les membres individuellement coupables doivent être punis. Même disposition dans le Code pénal hanovrien (art. 56). Le Code pénal fédéral allemand

222. L'idée de la responsabilité pénale, solidaire et collective, a été reprise de nos jours. Cette évolution se rattache à

ne peut donc être prononcée contre une société commerciale, être moral, laquelle ne peut encourir qu'une responsabilité civile; que, de même, une société commerciale ne peut être assujettie à la contrainte par corps pour le paiement des frais; que si, en fait de profession industrielle réglementée, le chef ou directeur de l'établissement peut être personnellement tenu à exécuter les prescriptions édictées par des arrêtés de police dans un intérêt de sûreté et de salubrité publique, et, par suite, être passible pénalement des infractions commises, cette exception est sans application dans l'espèce; — qu'en fait on ne peut admettre que le directeur de la compagnie a été substitué à la compagnie même, etc. ». Cfr. dans le même sens : Paris, 16 déc. 1885 (S. 86.2.40); Orléans, 8 nov. 1887 (D. 88.2.98), et ma note; Dutruc, *Mémorial du ministère public*, n° 27; Nouguier, *Des brevets d'invention*, n° 926. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a soin de réserver les hypothèses où la loi fait exception à la règle. Ainsi, il a été décidé qu'en cas d'infraction à la police des mines, commise par des ouvriers et régisseurs d'une compagnie de mines, il doit être prononcé une seule amende contre la compagnie propriétaire, et non autant d'amendes qu'il y a de contrevenants : Cass., 6 août 1829 (S. 29.1.346). La Cour vise, dans cet arrêt, les articles 93 et 96 de la loi du 22 avril 1810 sur les mines. Voyez également : Code forestier, articles 33 et 34, établissant des cas de responsabilité pénale des communes. Le principe de la responsabilité pénale collective est encore inscrit, aujourd'hui, dans l'article 8 de la loi du 17 juillet 1874, relative aux mesures à prendre en vue de prévenir les incendies dans les régions boisées de l'Algérie. Aux termes de ce texte : « En tout territoire, civil ou militaire, *indépendamment des condamnations individuelles, encourues par les auteurs ou complices des crimes ou délits ou contraventions*, en cas d'incendies de forêts, les *tribus* et les *douars* pourront être frappés d'amendes collectives dans les formes et suivant les conditions ci-après ». Voici ce que dit le rapport fait à l'Assemblée nationale au sujet de cette loi : « Quand la répression individuelle est impuissante, la loi peut recourir à la responsabilité collective. Loin de s'opposer à cette doctrine, les principes de notre droit la consacrent : la responsabilité collective des tribus en cas d'incendie de forêts n'est qu'une application du principe de la responsabilité des communes en temps de troubles ». Cfr. S., *Lois annotées*, 1874, p. 389, note 4. On lira, avec intérêt, la discussion qui a eu lieu au Sénat sur une application de cette loi (séance du 10 juin 1887, *Journal officiel*, *Débats parlementaires*, p. 612). L'application de ces responsabilités collectives a été faite également dans notre colonie du Tonkin. — Sur une question voisine de la nôtre, la jurisprudence admet que les actes émanés d'une corporation peuvent être l'objet d'une *poursuite disciplinaire contre la corporation*. On peut

une conception générale dont elle est simplement une application scientifique. L'expérience nous montre que la conscience de la responsabilité s'affirme de plus en plus, à mesure que le progrès de l'humanité s'accomplit. Il en est des sociétés comme de l'homme : l'adulte a plus de responsabilité que l'enfant ; ainsi, dans les États civilisés, les individus ont plus de responsabilité que dans les sociétés naissantes. Ils participent, par le gouvernement représentatif, à la fonction essentielle du pouvoir qui consiste à maintenir l'ordre, au moyen de mesures préventives et répressives. L'humanité est donc entrée aujourd'hui dans la période où la responsabilité de chacun atteint son maximum d'intensité. Or, on peut faire remarquer : 1° qu'en réalité le criminel est le produit du milieu social; on a dit, avec quelque exagération il est vrai, que les sociétés avaient les criminels qu'elles méritent ; 2° que le groupe spécial dont fait partie le criminel, famille, corporation, commune, a eu, dans la production et le développement de l'esprit criminel, une complicité sociale, faite de provocations, d'influences et d'exemples réciproques[7] ; 3° que la solidarité sociale entraîne la participation dans l'acte criminel, comme elle bénéficie de l'acte vertueux. Sans exagérer ces idées, on en constate l'absolue vérité lorsqu'il s'agit du crime de l'enfant : le milieu où il a vécu est d'autant plus responsable que l'enfant l'est moins, et il est vrai de dire que le crime de l'enfant c'est le crime de la famille et de la société. « Il semble, a-t-on pu dire, que l'on « revienne à la vieille doctrine des temps primitifs, au principe de « la responsabilité collective de la famille, de la tribu, du clan ou « de la ghelde, alors que les groupes naturels acceptaient, devant « la société, l'obligation de maintenir l'ordre et la sécurité et de

« mille actuelle, heureux des vertus, malheureux des vices de « leurs membres et qu'ils sentaient l'obligation de réparer le « délit causé par l'un d'eux. Que signifiait ce principe de la ga- « rantie solidaire, du cautionnement mutuel, de la responsabi- « lité du groupe, qui domina tout l'ancien droit anglo-saxon, « franc ou germain, sous le nom de *Frank-pledge* ou franche « caution ? Il signifie ceci : les peuples jeunes, prime-sautiers, « dont la conscience naissante était l'antithèse du pédantisme « scientifique, avaient la claire intuition du milieu social. Et cette « claire intuition, il semble qu'à travers les brouillards séculaires, « elle surgisse soudain devant nous[8] ». Nous sentons bien que le développement de la criminalité ne tient pas à tel ou tel Code pénal, à tel ou tel mode de preuve, à tel ou tel système de peine, mais aux conditions mêmes de la civilisation[9].

[8] Prins, *Causerie sur les doctrines nouvelles du droit pénal* (Bruxelles, 1896). Voy. Pedro Dorado, *De la responsabilité en matière de délit et de son extension* (*Rev. de sociologie*, 1894, p. 601 à 617).

[9] L'idée d'une responsabilité pénale *collective* se rencontre au début des civilisations. Elle pèse sur certains groupes, naturels ou factices. La *gens*, dans la très ancienne Rome, et la *phratrie*, en Grèce, devaient répondre pour leurs membres et être punies à raison de leurs délits. Mais dans la civilisation romaine, plus récente, nous ne trouvons aucune trace de responsabilités de ce genre. Savigny a montré que les quelques textes du Digeste et du Code qui parlent d'une action en responsabilité dirigée contre une personne juridique, à raison d'un délit, se rapportent à la responsabilité civile, et non à la responsabilité pénale (Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, p. 312 à 314). Mais la responsabilité pénale collective se retrouve chez les Germains; elle persiste pendant toute la durée du moyen âge et jusqu'aux temps modernes (Cfr. *Ordonnance des rois de France*, t. XII, p. 465; arrêt du Parlement, de 1294, contre la commune de Laon). Une constitution de Frédéric II, de 1235, dans le but d'assurer la tranquillité de tous (*De pace tenenda inter subditos*), édicte des peines contre les auteurs de troubles publics. Si c'est une ville qui a causé le trouble, elle paiera une amende de cent livres d'or (*Si civitas est, pœna centum librarum auri cameræ nostræ inferenda puniatur*). Si c'est un simple bourg, il ne paiera que trente livres d'or (Pertz, *Monumenta*, t. IV, p. 317). Aux xve et xvie siècles, les criminalistes se demandent quelles personnes peuvent être incriminées (*accusari qui possint vel non?*), et, parmi celles qui peuvent l'être, ils citent les corporations, les collèges, les associations. Julius Clarus indique, comme étant en dehors de toute discussion (*Practica criminalis*, quæstio xvi, n°s 7, 8 et 9,

223. *Responsabilité civile des personnes morales.* — Les personnes morales ont un patrimoine. Rien ne s'oppose donc, en fait, à ce qu'elles soient tenues de réparer *civilement,* le dommage causé par le délit. L'action en responsabilité civile, à raison des infractions commises par leurs représentants ou préposés, est de la même nature et s'exerce dans les mêmes conditions que s'il s'agissait de mettre en cause une personne physique. La collectivité est obligée de réparer le dommage causé, soit par ses administrateurs, soit par ses employés, lorsque, dans l'exercice de leurs fonctions ou pour des objets de leur ressort, ces administrateurs ou ces employés ont porté préjudice à autrui, soit en faisant ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire, soit en s'abstenant de ce qu'ils avaient le devoir d'accomplir. Cette responsabilité est fondée sur cette idée que toute personne juridique est obligée de répondre des actes accomplis par ses représentants ou ses employés dans les termes du droit commun (C. civ., art. 1384). Cette règle peut paraître étrange si l'on considère que la responsabilité civile exige la liberté ou la raison, aussi bien que la responsabilité pénale, puisqu'elle est fondée sur une *faute;* mais un motif déterminant voulait qu'il en fût ainsi : on ne peut pas permettre à un être métaphysique de posséder des biens, d'avoir des préposés et de contracter des obligations, sans lui imposer, en même temps, la réparation des fautes commises dans l'exercice de ce droit.

dans ses *Opera omnia,* Lugduni, 1579, p. 227), la possibilité de poursuivre et de punir les *universitates.* Cependant, Damhouder (*Praxis rerum criminalium,* chap. xxiv, n° 2) n'admettait pas que les corporations et communautés pussent délinquer. Mais ce jurisconsulte était, à ce point de vue, en avance sur son siècle. L'ordonnance de 1670 réglait, dans son titre XXI, l'instruction criminelle contre les corps et communautés. L'article 4 était ainsi conçu : « Les condamnations ne pourront être que de réparations civiles, dommages-intérêts envers la partie, d'une amende envers nous, de privations de leurs privilèges, et quelque autre punition qui marque publiquement la peine qu'elles auront encourue pour leur crime ». Comp. Pothier, *Traité de la procéd. crim.*, sect. vi, § 2.

§ XXXII. — QUI PEUT ÊTRE PATIENT DU DÉLIT

224. Principe et application. — **225.** Les législations modernes n'admettent plus de délits contre la Divinité.

224. Tout être, ayant des droits, dont la lésion est matière à infraction, fût-il incapable lui-même de commettre cette infraction, peut être sujet passif du délit[1].

I. Ainsi d'abord. l'*homme,* parce qu'il constitue nécessairement une personne, c'est-à-dire un être ayant des droits, et cela, fût-il fou, fût-il mort civilement, lorsque la mort civile existait encore, fût-il Français ou étranger, peu importe, le seul fait de son existence lui assurant la protection sociale. L'homme est même protégé avant sa naissance et depuis sa conception : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*[2]. Mais la loi pénale le protège-t-elle après sa mort? De son vivant, l'homme peut être lésé dans son honneur, dans son corps ou dans ses droits; lui mort, ses restes sont certainement protégés, car l'article 360 du Code pénal punit la violation des tombeaux, n'y eût-il aucun parent, aucun ami du mort lésé par cette violation[3]; mais sa mémoire l'est-elle également contre une diffamation dont elle serait l'objet? C'est une question célèbre, qui a été tranchée négativement par l'article 34 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881.

II. A côté de l'homme, il y a d'autres êtres de pure création juridique, auxquels la loi donne une sorte d'existence, distincte de l'existence des intérêts individuels dont ils se composent. Ces êtres ont des droits, dans lesquels ils pourront se trouver lésés, non quant à leur corps, mais quant à leurs intérêts matériels ou leurs intérêts moraux, leur état, leur exis-

§ XXXII. [1] Comp. sur la question : Haus, t. I, n° 269; Ortolan, t. I, n°s 536 et suiv.

[2] Voy. l'article 317 du Code pénal, relatif à l'avortement.

[3] Du reste, cette disposition n'est pas seulement applicable aux *atteintes matérielles* portées à la cendre des morts, mais à tout acte qui tend à violer le respect dû aux tombeaux. Il peut s'y mêler un fait de *vol.*

tence légale, leur fortune. Que ces intérêts puissent être l'objet d'une infraction, on n'en saurait douter; et il n'est même pas nécessaire que ces êtres, corporations, communautés, soient reconnus comme personnes morales, il suffit qu'ils soient reconnus par la loi comme *corps constitués* ou *administrations publiques* (L. 29 juillet 1881, art. 30), avec cette différence toutefois que les *corps constitués* ne peuvent être attaqués que dans leur *considération*, tandis que les personnes morales peuvent l'être également dans leur *fortune*.

III. Les êtres, tant animés qu'inanimés, en dehors de l'homme, ne peuvent être qu'*objets*, jamais *sujets* de droits. L'homme a la faculté de faire sur eux acte d'appropriation et n'a envers eux aucune obligation à remplir[4]. Les articles 452, 453, 479, § 1, du Code pénal protègent les animaux comme *objets* de propriété; mais ils ne les protègent que dans l'intérêt du propriétaire et contre les tiers. Une loi du 2 juillet 1850, à laquelle M. Grammont, qui l'a proposée, a attaché son nom, a voulu protéger les animaux contre le propriétaire lui-même; mais, à vrai dire, elle ne les protège que par voie de conséquence, et, en quelque sorte, d'une manière reflexe. L'idée qui l'inspire, c'est que la brutalité envers les animaux engendre la brutalité envers l'homme lui-même; la vue des mauvais traitements qui leur sont infligés, en même temps qu'elle révolte les sentiments d'humanité, développe, dans les âmes grossières, les instincts de violence et de cruauté. Le but de cette loi n'a donc pas été de conférer des droits aux animaux, de les considérer comme pouvant être *sujets* d'un délit; elle a seulement voulu punir des actes de cruauté qui, à raison de leur *gravité* et de leur *publi-*

225. J'ai à peine besoin de faire remarquer qu'il n'existe plus de délits contre Dieu. La notion du droit et du délit ne se conçoit que dans les rapports des hommes entre eux, et la loi sociale n'est édictée que pour réglementer ces rapports.

SECTION II

De la culpabilité.

§ XXXIII. — IMPUTABILITÉ, CULPABILITÉ, RESPONSABILITÉ

226. L'imputabilité s'affirme ou se nie. La culpabilité se mesure. — **227**. Éléments de la culpabilité. — **228**. Causes de non-culpabilité. Faits justificatifs.

226. L'homme n'est *responsable,* au point de vue pénal, comme au point de vue civil, du fait illicite qu'il a matériellement commis, que lorsque ce fait lui est *imputable,* c'est-à-dire quand on peut le mettre à son compte. Mais pour que la justice sociale ait le droit de mettre une action sur le compte de l'agent, dans le but de régler ce compte avec lui, il faut que l'agent ait commis une faute (*culpa*), qu'il soit coupable. De là, trois idées, qui se lient et se complètent : les idées d'*imputabilité,* de *responsabilité,* de *culpabilité.* Imputer un fait à quelqu'un, c'est, en effet, le mettre à son compte pour lui en faire subir les conséquences ; c'est dire qu'il en est coupable et, par conséquent, responsable. La *culpabilité* et la *responsabilité* sont des conséquences si directes, si immédiates de l'*imputabilité,* que les trois idées sont souvent considérées comme équivalentes et les trois mots comme synonymes. Mais l'imputabilité est un caractère des actions ; elle n'est donc pas susceptible de plus

exercé publiquement et abusivement de mauvais traitements envers les animaux domestiques. — La peine de la prison sera toujours appliquée en cas de récidive ». Voy. Rapport de M. Accarias à la chambre criminelle de la Cour de cassation sur les courses espagnoles de taureaux, précédant l'arrêt du 14 janv. 1895 (*Rev. crit.,* 1895, p. 115).

tence lé[illegible] pas; elle s'affirme ou elle
d'une [illegible] bilité caractérisent une mo-
nécess[illegible] culpabilité se mesure, elle a des
conn[illegible] coupable.
nus [illegible] est en faute relativement au fait
que [illegible] la *moralité du délit*. De là est
foi[illegible] le nom d'*élément moral*, l'ensem-
le [illegible] culpabilité. Or, la culpabilité n'existe
l'[illegible] aux deux questions suivantes :
[illegible] imputable à l'agent? Celui-ci avait-il le
[illegible] Il faut, en effet, distinguer, dans la *cul-*
[illegible] il faut distinguer, dans les circon-
[illegible] deux catégories : *les causes de non-culpa-*
[illegible]

[illegible] limitations à la responsabilité pénale sont
[illegible] le nom générique de *causes de jus-*
[illegible] alors en deux catégories. Il y aurait des
[illegible] *subjectives*, c'est-à-dire des causes qui
[illegible] la culpabilité, en exemptant l'agent de toute
[illegible] Il y aurait des causes de justification *objectives*,
[illegible] la culpabilité, en détruisant la crimina-
[illegible] point de vue légal. Je crois plus exact et plus
[illegible] le nom de causes de justification aux se-
[illegible] causes de non-culpabilité aux premières. La
[illegible] langage scientifique doit être surtout recherchée
[illegible] pénale.

séparent la responsabilité subjective de la responsabilité objective. — **235**. Conclusions sous forme de thèses. — **236**. Causes de non-culpabilité. Causes dirimantes ou aggravantes de la culpabilité.

229. L'idée que l'homme *répond* de ses actes est aussi ancienne que le monde : de tout temps et partout, elle a été considérée comme la base même du droit. Mais quel est le fondement de la *responsabilité pénale?* Quelles conditions la société doit-elle exiger de celui qu'elle punit, à propos de l'acte qu'elle lui impute et dont elle veut le rendre responsable?

Les doctrines innombrables, qui se sont attachées à résoudre cette question, doivent-elles tenir compte, tout d'abord, d'une distinction primitive entre la *responsabilité sociale* et la *responsabilité individuelle?*

Si cette distinction est conservée, la *responsabilité sociale* ne présuppose-t-elle pas la *responsabilité individuelle?*

Tel est le problème fondamental qu'il est impossible de négliger.

230. On sait, — et il est à peine besoin de les rappeler, — quels sont, dans la plupart des législations actuelles, les concepts et les faits psychologiques compris dans l'idée de responsabilité, et quelles conséquences en résultent?

Tout d'abord, on distingue, dans l'analyse de l'idée, la respon sabilité *sociale* ou *externe,* d'avec la responsabilité *morale* ou *interne.* Comme individus, isolés, par hypothèse, du milieu social, nous répondrions de nos actes, même s'ils restaient cachés et échappaient à toute sanction extrinsèque; nous répondrions de nos intentions, même si elles étaient inefficaces par des circonstances indépendantes de notre volonté. La responsabilité individuelle serait donc irréductible, antérieure à la responsabilité sociale et distincte de cette responsabilité.

Or, la responsabilité morale, inhérente à l'individu, supposerait un certain nombre de conditions ou de postulats essentiels. La première serait l'existence d'une *loi morale,* supérieure à l'homme. Que l'*impératif catégorique* de Kant soit ou non, comme l'a prétendu Schopenhauer, un « vieux reste du Décalogue », il est certain que cette notion est inséparable de la notion de responsabilité individuelle et que celle-ci ne saurait

ou de m
se nie. I
nière d'
degrés
227
qui lui
venu l'
ble des
qu'en c
Le fait
droit d
pabilit
stance
bilité
228
quelqu
tipcoi
caus
ferm
resp
qui f
lité
juridi
cond
préc
dan

gence existant toujours, la liberté peut néanmoins faire défaut, au moins la liberté externe.

Le droit criminel moderne repose donc, avant tout, sur la notion de la liberté considérée comme une condition essentielle de la responsabilité légale. Mais il ne considère cette notion qu'à un point de vue empirique. Il ne discute, ni avec le matérialisme et le déterminisme qui la nient, ni avec le spiritualisme qui l'exagère; il prend pour point de départ ce fait d'observation qu'à dater d'un certain âge, l'individu a acquis une somme de facultés physiques et psychiques suffisante pour reconnaître, dans un cas donné, l'importance légale d'un acte (*discernement*), et pour se décider à le commettre ou non (*volonté*).

231. Parmi les systèmes nouveaux qui prétendent remplacer cette notion traditionnelle, on distingue facilement trois groupes.

Le premier méconnaît ou supprime la distinction élémentaire entre la responsabilité morale et la responsabilité sociale. Le sens des mots doit être modifié ou autrement compris que par le passé : être responsable, c'est simplement s'exposer à une réaction sociale; de sorte que les doctrines auxquelles nous faisons allusion réduisent la responsabilité à un rapport social.

Le second groupe conserve et explique tous les faits moraux de la nature humaine, à l'exception du libre arbitre. Il admet une responsabilité subjective, inhérente à l'individu, et distincte de la responsabilité objective, inhérente à l'état social, seulement il tente d'expliquer la première sans la liberté.

Le troisième groupe ne voit, dans les notions sur lesquelles s'appuie la responsabilité morale, que des *noumènes,* c'est-à-dire des vérités inconnaissables, objets de foi plutôt que de conviction, et, tout en les présentant comme possibles et même comme probables, il prétend s'en passer pour fonder la responsabilité pénale sur la seule responsabilité sociale.

232. Ceux qui réduisent la responsabilité à un rapport social commencent par nier la liberté. Tout dans l'homme, y compris ses résolutions et ses actes, serait déterminé par les lois de la nature physique ou morale. On sait que le *déterminisme* revêt

deux formes : le déterminisme physique et le déterminisme psychologique[1].

Après avoir fait ainsi table rase de la responsabilité morale, il s'agit d'étayer la responsabilité pénale sur la seule responsabilité sociale.

A ce point de vue, divers ordres de considérations ont été invoqués. A chacune, correspond une thèse différente.

Le contrat social est une des premières formes de l'idée. Présenté d'abord comme un fait historique, par les philosophes du XVIIIe siècle, on reconnaît aujourd'hui que l'accord des volontés, pour fonder le droit et baser la responsabilité, n'est qu'un idéal à réaliser. Appliquant la thèse du contrat social à la responsabilité pénale, M. Fouillée s'exprime ainsi[2] : « En entrant dans la « société, je me suis engagé à obéir aux lois que moi-même, en « tant que citoyen, j'ai contribué à établir. Si je romps le pacte, « on me réprime et on m'impose une compensation : en cela, « rien d'injuste, parce qu'il n'y a rien là, en définitive, de con- « traire à ma volonté. J'ai voulu vivre en société; pour cela, « j'ai voulu les lois sociales; lorsque les lois me contraignent, « c'est moi qui me contrains par elles, c'est ma volonté anté- « rieure qui réprime ma volonté présente; c'est moi qui, en tant « que législateur, me défends contre moi-même en tant que vio- « lation de la loi. Il n'y a rien là que je n'aie accepté ».

La défense sociale ou juridique, sous ses aspects multiples, est une autre forme de la même idée. On sait qu'elle a été présentée, par l'école positiviste italienne, avec un relief saisissant. Dans l'œuvre de cette école, il y a, du reste, deux parts, d'une valeur bien inégale : la recherche du type anthropologique et

notion de responsabilité disparaît, car il ne s'agit plus de demander compte à un individu de ses actes pour lui en faire subir les conséquences; il s'agit de juger, en vue de l'avenir, si l'agent est dangereux et de prendre, dans ce cas, certaines mesures que l'on qualifie à tort de peines, mais qui sont, en réalité, des mesures de précaution et de défense.

233. Le second groupe de doctrines a tenté de modifier, mais sans la supprimer, la notion de la responsabilité morale. Leur point de départ commun est une explication de la responsabilité sans l'intervention du libre arbitre, considéré comme une illusion due à l'ignorance où nous sommes le plus souvent des forces qui nous déterminent.

Pour certains, ce serait l'évolution qui donnerait la clef du phénomène. L'idée de loi, celle d'obligation qui en découle auraient leur origine dans la lutte de l'instinct altruiste contre l'instinct égoïste.

Pour d'autres, la responsabilité résulterait d'une loi naturelle qui subordonnerait nos tendances à la fin de l'humanité.

Enfin, quelques-uns ont compris la nécessité de rétablir la notion de la personnalité comme base même de la responsabilité. Il faut noter, à ce point de vue, les intéressantes tentatives, soit de M. Tarde, soit de von Listz. Tarde trouve le fondement de la responsabilité dans la combinaison de deux notions distinctes, l'*identité individuelle* et la *similitude sociale*. La première consiste dans la permanence de la personne : si un fou n'est pas responsable, c'est parce qu'il ne possède pas cette identité, parce qu'il n'est plus *lui-même* (aliéné). La seconde consiste dans un certain fond de ressemblance nécessaire entre les individus pour qu'ils se sentent responsables les uns envers les autres : en d'autres termes, il faut que l'auteur et la victime soient plus ou moins compatriotes sociaux, qu'ils présentent un nombre suffisant de ressemblances d'origine sociale[3]. Le profes-

[3] TARDE, *La philosophie pénale*, p. 88; *L'idée de culpabilité* (*Rev. des Deux-Mondes*, 15 juin 1891, p. 849). Nous citerons deux passages de cette dernière étude : « Pour que mon acte me soit imputable, la première condition est qu'il appartienne à ma propre personne; ce n'est pas le cas des actes produits sous le coup des maladies de la volonté et de la personnalité, quand

[illegible] congrès de psychologie, tenu à Mu-
[illegible] la responsabilité, en dehors du
[illegible] faculté d'agir *normalement* », de
[illegible] qui, par l'effet d'une cause externe ou
[illegible] pas agir suivant sa nature devrait être
[illegible]

[illegible] deux écoles, une *terza scuola* offre son ar-
[illegible], avec Kant, que la liberté et la responsabi-
[illegible] postulats de la loi morale et, par conséquent, sont
[illegible] certaines, dont nous sommes assurés par la raison
[illegible] elle déclare ces notions inconnaissables au point
[illegible] raison spéculative. Il y aurait, par suite, une con-
[illegible] entre la science et la conscience : les déterministes
[illegible] suivant la science; les spiritualistes, suivant la
[illegible]. La conséquence de ce point de vue, c'est qu'il faut
[illegible] la responsabilité *subjective*, dont nous ne pouvons rien
[illegible] de la responsabilité *objective* et tenir uniquement
[illegible], dans le jugement du délinquant, du danger que son
[illegible] peut faire courir à la société[1].

235. Nous avons exposé ces diverses théories à l'état de squelette, leur étude et leur discussion ne rentrant pas dans le cadre de cet ouvrage. Nous ne voulons que formuler les conclusions auxquelles nous sommes personnellement conduit :

I. En réalité, il n'y a, sur la responsabilité pénale, que deux théories logiques : la théorie classique, suivant laquelle l'homme est *socialement* responsable parce qu'il l'est d'abord *moralement*, et la théorie positiviste, suivant laquelle l'individu *n'a*

qu'une responsabilité sociale, par le seul fait qu'il vit en société.

II. Or, il existe deux ordres de faits dont chacun demande une explication distincte. Nous nous sentons responsable, non seulement vis-à-vis de la société, c'est-à-dire vis-à-vis de nos semblables, mais encore vis-à-vis de nous-même, c'est-à-dire de notre conscience.

III. Par conséquent, l'école qui ramène le problème de la responsabilité à la notion exclusive d'une responsabilité sociale se refuse à expliquer une distinction élémentaire et écarte ainsi, par une fin de non-recevoir, une des données du problème. Ce n'est pas résoudre une question que de refuser d'y répondre.

IV. La responsabilité sociale ne peut s'appuyer que sur la responsabilité morale. Nous sommes responsables socialement, parce que nous le sommes d'abord moralement.

V. Or, la responsabilité morale est une conséquence de la personnalité même. L'homme n'est responsable de ses actes que parce qu'il en est la cause et la cause libre. L'homme sent qu'il peut produire, au milieu des innombrables phénomènes dont l'univers est le théâtre, une série nouvelle de phénomènes dont il est l'auteur, qu'il a le droit de s'attribuer et qu'on est en droit de lui attribuer. C'est dans cette notion de conscience que se trouve le fondement de la responsabilité. Par conséquent, il faut que celui qu'on veut rendre responsable possède la capacité normale de comprendre ce qu'il veut faire et la faculté corrélative de l'accomplir. Sans cela, il ne sera pas plus responsable des actions qu'il fait, que la foudre des ravages qu'elle cause. Supprimez la liberté, il ne faudrait jamais, en aucune circonstance, se plaindre d'un homme ou l'accuser; il faudrait, toujours et partout, s'en prendre à la fatalité.

VI. Mais si la responsabilité morale subjective est l'attribut d'une personne libre, et si l'on doit demander à la conscience individuelle du libre arbitre la base de la responsabilité subjective, on peut, au point de vue de la conscience sociale, et en objectivant la responsabilité, se contenter, pour punir, du caractère volontaire du fait[5].

[5] C'est le concept qui a passé dans l'article 45 du Code pénal italien de 1889 : « Nul ne peut être puni pour un délit, s'il n'a pas *voulu* le fait qui le constitue... ». Le rapport de la commission de la Chambre des députés s'ex-

seur von Listz a soutenu, au [illegible] conditions distinctes, celle de l'*impu-*
nich en 1896, que la base [illegible] la répression du délit, et celle de
libre arbitre, n'est que la [illegible] fondement de la culpabilité de l'indi-
sorte que tout individu qu[illegible] de *délit*, de quelque nature et de
interne, ne pourrait plus [illegible] sans le concours de la volonté dans
déclaré irresponsable. [illegible] constitue l'infraction à la loi, il ne
234. Entre ces deux [illegible] que si le délinquant a agi avec une
bitrage. Elle admet, avec [illegible] de liberté. L'imputabilité est le
lité sont des postulats de [illegible] la culpabilité, celui de sa mesure.
des vérités certaines, d[illegible] de ces recherches théoriques, la res-
pratique, mais elle décl[illegible] que si l'inculpé a agi avec discer-
de vue de la raison sp[illegible] circonstances qui excluent ces deux
tradiction entre la sci[illegible] de ces facultés ont un effet com-
auraient raison suivan[illegible] la culpabilité, et, par conséquent,
conscience. La conséq[illegible] peut s'exercer que vis-à-vis d'un *cou-*
séparer la responsabil[illegible] de la *culpabilité*. Le Code pénal a
savoir, de la respo[illegible] les circonstances qui excluent la culpabi-
compte, dans le jug[illegible] et la *contrainte* (C. p., art. 64, 66
exemple peut faire co[illegible] l'absence *d'intention criminelle*.

235. Nous avon[illegible] et la volonté étant susceptibles de
squelette, leur étud[illegible] législations positives ont dû admettre des
cadre de cet ouvrag[illegible] dans la culpabilité et, par suite,
sions auxquelles no[illegible] la double théorie des causes d'atténua-
I. En réalité, il [illegible] aggravation de peine[4].
théories logiques : l[illegible]
est *socialement* [illegible] La troisième opinion est celle qui fonde l'imputa-
ment; et la théori[illegible] volontaire de l'acte (la *volontarietà del fatto*), indépen-
[illegible] dont la recherche ne rentre pas, à proprement
une sorte d'âme [illegible] des rapports juridiques, mais plutôt dans celle des

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations qui ont déterminé une période pendant laquelle ait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges de la culpabilité, en permettant de poursuivre tout individu, quel que soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce, le discernement du prévenu ; 2° ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront nécessairement fausses dans quelques cas particuliers. Notre législation pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces procédés. Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes :* l'une qui va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commence à cet âge. Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'on appelle, par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, sans doute, être poursuivis à raison des infractions qu'ils commettent, mais ils sont couverts par une *présomption d'irresponsabilité,* qui doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec discernement; pendant la seconde, les adultes sont, au contraire, présumés coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne peut tomber que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement ou sans volonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulées ces règles.

238. Ce système, qui est une œuvre originale du Code pénal de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois idées essentielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, qui commet une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il faut *punir,* tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterminer si l'on doit procéder *par voie de répression* ou *par voie d'éducation* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est celle de savoir s'il a *agi avec discernement*. Ce système est vivement critiqué.

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour la plupart.

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges de la culpabilité, en permettant de poursuivre tout individu, quel que soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce, le discernement du prévenu ; 2° ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront nécessairement fausses dans quelques cas particuliers. Notre législation pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces procédés. Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes :* l'une qui va jusqu'à seize ans accomplis ; l'autre qui commence à cet âge. Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'on appelle, par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, sans doute, être poursuivis à raison des infractions qu'ils commettent, mais ils sont couverts par une *présomption d'irresponsabilité,* qui doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec discernement ; pendant la seconde, les adultes sont, au contraire, présumés coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne peut tomber que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement ou sans volonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulées ces règles.

238. Ce système, qui est une œuvre originale du Code pénal de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois idées essentielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, qui commet une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il faut *punir,* tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterminer si l'on doit procéder *par voie de répression* ou *par voie d'éducation* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est celle de savoir s'il a *agi avec discernement*. Ce système est vivement critiqué.

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour la plupart,

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges de la culpabilité, en permettant de poursuivre tout individu, quel que soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce, le discernement du prévenu ; 2° ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront nécessairement fausses dans quelques cas particuliers. Notre législation pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces procédés. Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes :* l'une qui va jusqu'à seize ans accomplis ; l'autre qui commence à cet âge. Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'on appelle, par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, sans doute, être poursuivis à raison des infractions qu'ils commettent, mais ils sont couverts par une *présomption d'irresponsabilité,* qui doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec discernement ; pendant la seconde, les adultes sont, au contraire, présumés coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne peut tomber que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement ou sans volonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulées ces règles.

238. Ce système, qui est une œuvre originale du Code pénal de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois idées essentielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, qui commet une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il faut *punir,* tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterminer si l'on doit procéder *par voie de répression* ou *par voie d'éducation* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est celle de savoir s'il a *agi avec discernement*. Ce système est vivement critiqué.

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour la plupart,

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges de la culpabilité, en permettant de poursuivre tout individu, quel que soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce, le discernement du prévenu ; 2° ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront nécessairement fausses dans quelques cas particuliers. Notre législation pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces procédés. Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes :* l'une qui va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commence à cet âge. Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'on appelle, par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, sans doute, être poursuivis à raison des infractions qu'ils commettent, mais ils sont couverts par une *présomption d'irresponsabilité,* qui doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec discernement; pendant la seconde, les adultes sont, au contraire, présumés coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne peut tomber que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement ou sans volonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulées ces règles.

238. Ce système, qui est une œuvre originale du Code pénal de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois idées essentielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, qui commet une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il faut *punir,* tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterminer si l'on doit procéder *par voie de répression* ou *par voie d'éducation* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est celle de savoir s'il a *agi avec discernement*. Ce système est vivement critiqué.

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour la plupart,

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juge
pabilité, en permettant de poursuivre tout individu
soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèc
nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pré
c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront
ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre
pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ce
Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes*
va jusqu'à seize ans accomplis ; l'autre qui commenc
Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'
par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent,
être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm
ils sont couverts par une *présomption d'irrespons*
doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis
pendant la seconde, les adultes sont, au contraire
coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne
que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement
lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du
de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois
tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans,
une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il
tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm
doit procéder *par voie de répression* ou *par voie*
vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel
s'il a *agi avec discernement*. Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juge
pabilité, en permettant de poursuivre tout individu
soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèc
nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pré
c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront
ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre
pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ce
Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes*
va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commenc
Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'
par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent,
être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm
ils sont couverts par une *présomption d'irrespons*
doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis
pendant la seconde, les adultes sont, au contraire
coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne
que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement
lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du
de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois
tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans,
une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il
tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm
doit procéder *par voie de répression* ou *par voie*
vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel
s'il a *agi avec discernement*. Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges pabilité, en permettant de poursuivre tout individu soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pré c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes* va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commenc Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu' par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm ils sont couverts par une *présomption d'irrespons* doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis pendant la seconde, les adultes sont, au contraire coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm doit procéder *par voie de répression* ou *par voie* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel s'il a *agi avec discernement*. Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juge
pabilité, en permettant de poursuivre tout individu
soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèc
nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pr
c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront
ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre
pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ce
Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes*
va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commenc
Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'
par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent,
être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm
ils sont couverts par une *présomption d'irrespons*
doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis
pendant la seconde, les adultes sont, au contraire
coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne
que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement
lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du
de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois
tielles.

1. D'après la loi française, le mineur de seize ans,
une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il
tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm
doit procéder *par voie de répression* ou *par voie*
vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel
s'il a *agi avec discernement*. Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juges pabilité, en permettant de poursuivre tout individu soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pré c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ces Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes* va jusqu'à seize ans accomplis ; l'autre qui commenc Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu' par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent, être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm ils sont couverts par une *présomption d'irrespons* doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis pendant la seconde, les adultes sont, au contraire coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans, une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm doit procéder *par voie de répression* ou *par voie* vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel s'il a *agi avec discernement.* Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont, pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juge
pabilité, en permettant de poursuivre tout individu
soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèc
nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pré
c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront
ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre
pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ce
Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes*
va jusqu'à seize ans accomplis; l'autre qui commenc
Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'
par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent,
être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm
ils sont couverts par une *présomption d'irrespons*
doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis
pendant la seconde, les adultes sont, au contraire
coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne
que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement
lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du
de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois
tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans,
une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il
tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm
doit procéder *par voie de répression* ou *par voie*
vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel
s'il a *agi avec discernement*. Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

deux systèmes à suivre : 1° ou bien laisser aux juge
pabilité, en permettant de poursuivre tout individu
soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèc
nement du prévenu ; 2° ou bien procéder par pr
c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront
ment fausses dans quelques cas particuliers. Notre
pénale n'a suivi exactement ni l'un ni l'autre de ce
Elle partage la vie humaine en deux périodes *fixes*
va jusqu'à seize ans accomplis ; l'autre qui commenc
Pendant la première, les enfants ou adolescents, qu'
par abréviation, *mineurs de seize ans,* peuvent,
être poursuivis à raison des infractions qu'ils comm
ils sont couverts par une *présomption d'irrespons*
doit tomber devant la preuve qu'ils ont agi avec dis
pendant la seconde, les adultes sont, au contraire
coupables, et cette *présomption de responsabilité* ne
que devant la preuve qu'ils ont agi sans discernement
lonté. C'est dans l'article 66 que se trouvent formulée

238. Ce système, qui est une œuvre originale du
de 1791 (partie I, t. V, art. 1 à 4)[2], repose sur trois
tielles.

I. D'après la loi française, le mineur de seize ans,
une infraction, peut être, tantôt un *coupable* qu'il
tantôt un *enfant* qu'il faut *élever,* et, pour déterm
doit procéder *par voie de répression* ou *par voie*
vis-à-vis de lui, la seule question à résoudre est cel
s'il a *agi avec discernement.* Ce système est viveme

Les enfants criminels, a-t-on dit, n'ont pour

fant que l'on peut réformer, tandis qu'elle est sans influence sur l'adulte dont le type moral est définitivement fixé. D'où, pour le législateur, une double obligation : celle d'empêcher cette éducation détestable et corruptrice; celle d'appliquer aux jeunes délinquants un régime dont la base consistera beaucoup plus dans la correction que dans la répression. Le classement rationnel des enfants est celui qui se règle d'après leur caractère, leurs instincts et leur milieu, bien plus que d'après leur maturité juridique ou morale. En acceptant cette théorie, mise en pratique par des mesures distinctes selon la nature et les antécédents des enfants, et le milieu où ils ont vécu, et complétée par un système de procédure spécial, on n'aurait, en droit pénal comme en droit civil, qu'une seule division, celle entre *mineurs* et *majeurs*. A l'égard des premiers, on procéderait par *voie d'éducation;* à l'égard des seconds, par *voie de répression*. Cette thèse, qui a fait fortune dans les milieux scientifiques, n'est adoptée jusqu'ici, par les législations positives, que dans la mesure restreinte de la période d'irresponsabilité qu'elles constatent presque toutes au début de la vie humaine.

II. La loi française, en effet, n'a pas fixé un âge au-dessous duquel l'irresponsabilité absolue existerait, de droit, en vertu d'une présomption qui n'admettrait pas de preuve contraire : au lieu de distinguer trois périodes dans la vie humaine, elle n'en distingue que deux. Or, il est certainement un âge où l'innocence de l'agent d'un délit est une certitude : cet âge est l'*enfance;* et, bien que le Code pénal n'établisse, par rapport à l'âge, qu'une seule limite, il ne s'ensuit pas que tout individu, âgé de moins de seize ans, et commettant un délit, doive être traduit en justice, sauf à l'acquitter, s'il a agi sans discernement : la loi n'a pu vouloir une poursuite qui, tout en étant inutile pour la répression, serait peut-être irréparable pour l'avenir de l'enfant; mais ce qui caractérise son procédé, c'est qu'elle laisse, à l'appréciation des magistrats, dans chaque espèce, la question de savoir si l'agent doit être poursuivi en justice. Ce système est abandonné par toutes les législations étrangères qui ont déterminé une période pendant laquelle l'homme serait couvert par une présomption d'innocence, n'ad-

l'instant que ces condamnations ont été encourues (nous entendons des condamnations irrévocables), peu importe que le juge prononce ou non la déchéance : elle a lieu de plein droit.

Elle est, au contraire, simplement facultative pour le tribunal : 1° lorsque les parents sont condamnés pour crime de droit commun à une peine afflictive et infamante; 2° Lorsqu'ils sont condamnés deux fois pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant : le législateur a exigé ici deux condamnations, parce que, d'ordinaire, la misère est la cause de pareils faits, qu'elle les explique et les atténue; 3° lorsqu'ils sont condamnés quatre fois en moins de trois ans pour ivresse publique, ou pour avoir violé la loi du 7 décembre 1874, qui a pour but de protéger les enfants employés dans les professions ambulantes; 4° lorsqu'ils sont condamnés une fois pour excitation à la débauche d'enfants mineurs, autres que les leurs.

En dehors de toute condamnation, les parents peuvent être privés de leurs droits : 1° lorsque leurs enfants ont été enfermés dans une maison de correction par application de l'article 66 du Code pénal, c'est-à-dire après avoir été acquittés comme ayant agi sans discernement. La loi de 1889 complète donc celle du 5 août 1850, qui s'occupait du patronage sans l'organiser; 2° lorsque, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, ils compromettent soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.

Mais que la déchéance ait lieu de plein droit, ou qu'elle soit facultative, les effets en sont toujours aussi étendus, aussi absolus. Les parents perdent tous les attributs de la puissance

Après avoir enlevé l'enfant à l'autorité paternelle, il faut déterminer à qui vont être délégués ces droits, il faut assurer à l'enfant la protection qui lui a fait défaut jusqu'alors. C'est ce dont s'occupe le chapitre second du titre premier de la loi (art. 10 à 14).

Lorsque le père est déchu, il semble que la mère est tout indiquée pour recueillir son autorité. Mais on a redouté encore l'influence du père dans une vie commune; on a craint de voir paralyser, en fait, les conséquences de la déchéance. Aussi a-t-on laissé aux tribunaux un pouvoir d'appréciation. Ils pourront décider que la mère exercera la puissance paternelle; ils pourront, en gardant simplement le silence, ou en nommant un tuteur, lui refuser ce droit. Dans ce cas, on constituera la tutelle suivant les termes du droit commum : le conseil de famille se réunira et nommera un tuteur. S'il n'y a pas de parents, ou s'il n'y a que des parents indignes, l'enfant sera alors confié à l'Assistance publique.

En outre, la loi a facilité l'application de la tutelle officieuse. Elle peut être demandée, soit pendant l'instance en déchéance, soit lorsqu'après avoir reçu l'enfant des administrations hospitalières, on l'a gardé chez soi pendant trois ans.

Enfin la déchéance n'est pas irrévocable, et la loi détermine les conditions de la restitution. C'est l'objet du chapitre troisième (art. 15 et 16).

Le titre second (art. 17 à 25) s'occupe de la protection des mineurs de 16 ans placés avec ou sans le consentement des parents. Il arrivait en effet qne l'Assistance publique, des établissements privés ou des particuliers, après avoir recueilli des enfants abandonnés ou cédés par leurs parents, voyaient un jour ceux-ci réclamer leurs enfants devenus aptes à travailler et à rapporter des bénéfices. Il fallait faire droit à cette réclamation, et l'œuvre bienfaisante d'éducation qui avait été entre-

et la note de M. de Loynes. D'après ces décisions, la loi nouvelle enlève aux tribunaux le pouvoir réglementaire sur la puissance paternelle que la jurisprudence antérieure leur attribuait. Ce résultat est certainement fâcheux, et nous ne pouvons que le regretter. Il n'y a pas de matière où le besoin d'un certain pouvoir prétorien soit plus nécessaire.

prise était ainsi compromise. Désormais, les tribunaux pourront, sur la demande des intéressés, contrarier ce calcul. La puissance paternelle sera déléguée à l'État, c'est-à-dire à l'Assistance publique qui le représente. Mais l'exercice de l'ensemble ou de partie des droits qui la composent pourra être laissé à l'établissement privé ou particulier qui se sera chargé de l'enfant. « Si l'exercice des droits abandonnés par les parents, disait l'exposé des motifs du gouvernement, peut être délégué à des particuliers, ces droits eux-mêmes sont nécessairement dévolus à l'État. La puissance paternelle n'est pas dans le commerce des hommes; et c'est du fait social que l'État tient le droit de se substituer aux parents, lorsqu'ils ont abdiqué cette autorité ou qu'ils ont été déclarés indignes de l'exercer ».

Dans l'ensemble de ses dipositions, la loi de 1889 a réalisé un grand progrès. Elle a consacré législativement le contrôle de l'État sur la puissance paternelle. Elle a enfin donné une sanction légale aux devoirs que le Code civil avait imposés aux parents. Elle a définitivement substitué, au concept latin du droit de *patria protestas* organisé dans l'intérêt du père, le concept germanique du devoir de protection au profit de l'enfant contenu dans l'idée de puissance paternelle.

III. La troisième catégorie comprend les enfants indigents, mendiants ou vagabonds. La question, en ce qui les concerne, se rattache au problème plus général de l'organisation des mesures préventives et répressives auxquelles ces deux plaies sociales doivent donner lieu. Nous le retrouverons à sa place, et ce sera le cas de parler des efforts tentés dans les pays étrangers pour le résoudre. Qu'il nous suffise de remarquer

« l'âge de vingt ans accomplis, à moins qu'avant cet âge ils « n'aient contracté un engagement régulier dans les armées de « terre ou de mer ». Après l'abolition de la surveillance de la haute police par la loi du 27 mai 1885 (art. 19), une question s'est posée, celle de savoir si l'interdiction de séjour devait être appliquée aux enfants âgés de moins de seize ans et traduits pour vagabondage devant les tribunaux correctionnels en vertu de l'article 271. Après avoir été tranchée en sens divers par les tribunaux, la question a reçu de la jurisprudence de la Cour de cassation une solution dans le sens de l'application de l'interdiction de séjour aux vagabonds mineurs de seize ans[12]. La situation qui résulte de cette jurisprudence, que je ne puis critiquer au point de vue strict de l'interprétation de la loi, est vraiment intolérable et appelle l'intervention urgente du législateur. L'enfant est presque toujours arrêté pour vagabondage dans la ville où ses parents sont domiciliés et où lui-même a son domicile en vertu de l'article 108 du Code civil. En l'éloignant de cette ville, au cas où elle rentre dans la nomenclature des séjours interdits, on le contraint à vagabonder. Les tribunaux devront donc, pour éviter cette conséquence, l'acquitter pour avoir agi sans discernement[13].

IV. Vis-à-vis des enfants criminels, la question capitale n'est pas d'examiner s'ils sont ou non responsables, mais quelles mesures il y a lieu de prendre pour sauver l'avenir. La répression par la prison ne peut avoir sur les enfants aucune influence éducatrice. Le régime de l'emprisonnement individuel est dangereux pour leur raison et leur santé; l'emprisonnement en commun est détestable pour leur moralité. Il faut donc créer, pour ces enfants, des établissements spéciaux, publics ou privés, où l'enfant sera renvoyé, après une instruction sérieuse, par le tribunal civil, et permettre à l'Assistance publique de faire certaines sélections ou séparations entre eux[14]. Mais, à notre avis,

[12] Cass., 30 juin 1892 (S. 92.1.531).

[13] La préservation de l'enfant vagabond est l'une des questions essentielles du droit pénal. V. A. Guillot, *L'enfant vagabond et l'école de préservation*, 1893. C'est à ce point de vue surtout qu'il faut aborder le problème.

[14] Ce système, qui aurait pour résultat de supprimer, entre les mineurs de

il y aurait lieu de faire peser sur ceux qui ont la garde de l'enfant une responsabilité pénale que la justice répressive aurait à déterminer. La déchéance de la puissance paternelle est la première sanction de cette responsabilité, et nous avons vu que la loi du 24 juillet 1889 n'avait eu garde de l'oublier.

§ XXXVI. — DE LA CONDITION DES MINEURS DE SEIZE ANS

(C. p., art. 66 à 69.)

240. Quatre règles résument la condition des mineurs de seize ans. — **241.** Présomption d'irresponsabilité. Question de discernement. — **242.** Si le juge répressif estime que le mineur a agi sans discernement, il doit l'acquitter. Caractères de cet acquittement. — **243.** Du droit qui appartient, dans ce cas, au tribunal de renvoyer le mineur dans une maison de correction ou de le rendre à sa famille. — **244.** Si le juge répressif estime que le mineur a agi avec discernement, celui-ci doit être condamné, mais moins sévèrement que s'il était majeur. Renvoi en ce qui concerne l'effet de l'excuse atténuante. — **245.** Compétence du tribunal correctionnel en matière de poursuite criminelle contre un mineur. Principe et exceptions.

240. Si l'on veut résumer, dans son ensemble, le système des articles 66 à 69 du Code pénal sur la condition des mineurs de seize ans, il faut poser quatre règles, dont nous allons suivre le développement : 1° Tout mineur de seize ans est couvert par une présomption d'irresponsabilité pénale, qui oblige le ministère public à prouver contre lui qu'il a agi avec discernement, et la juridiction compétente à résoudre, affirmativement ou négativement, mais d'une manière expresse et spéciale, la question de discernement; en d'autres termes, pour prononcer une condamnation contre un individu qui était mineur au moment

ferait pour un majeur, il faut encore constater et décider qu'il a agi avec discernement; 2° Si la réponse à la question de discernement est négative, devant toute juridiction, l'acquittement en est la conséquence; mais les juges peuvent ordonner, en matière de crime ou de délit, des mesures de détention et d'éducation contre le mineur; 3° Si la réponse est affirmative, le jeune âge de l'inculpé devient, mais en matière criminelle et correctionnelle seulement, une excuse atténuante de la peine qui doit être prononcée; 4° En principe, le mineur de seize ans n'est justiciable, même pour les faits qui sont, en général, de la compétence de la cour d'assises, que du tribunal correctionnel.

241. On ne procède pas de la même manière pour apprécier la responsabilité d'un enfant ou d'un adolescent et la responsabilité d'un homme fait. Un enfant de douze ans, par exemple, est accusé d'avoir tué un de ses camarades : le meurtre fût-il prouvé? nous doutons de la responsabilité de l'agent. Mais un homme de vingt ans est accusé du même crime; dès que le fait est constant, nous sommes disposés à affirmer que l'agent est responsable. Ces deux conclusions sont légitimes, si elles se renferment dans une *présomption simple,* et si elles se traduisent ainsi : 1° Tout enfant ou tout adolescent est *irresponsable,* à moins d'établir que le discernement du bien et du mal était développé en lui avant le fait qu'il a commis; 2° Tout adulte est *responsable,* à moins d'établir que le discernement lui était enlevé par une cause accidentelle au moment où il a commis l'infraction. Ces présomptions sont bien celles de la loi française : en effet, pour condamner un individu, qui n'avait pas seize ans au moment de l'infraction dont il est inculpé, il faut examiner et résoudre contre lui la question de discernement : cette question doit être l'objet d'un examen spécial devant toutes les juridictions pénales; elle doit être posée et résolue par toutes, et les arrêts et les jugements, qui condamnent un individu mineur de seize ans au moment du délit, doivent porter la trace que cet examen a été fait, car son omission entraînerait cassation de la sentence pour fausse application des articles 66 du Code pénal et 340 du Code d'instruction criminelle.

Avant de démontrer et de développer ce système, en suppo-

sant successivement le mineur traduit devant une cour d'assises, un tribunal correctionnel ou un tribunal de simple police, il convient de nous fixer sur deux points essentiels : 1° Quel sens faut-il attacher à la notion du *discernement? Discernere* avait, dans la langue latine, la signification de distinguer, comprendre la différence qui existe entre deux choses : *discernere alba et atra* (Cicéron), distinguer le blanc du noir. C'est évidemment en ce même sens qu'il faut entendre cette notion. Le discernement, c'est le fait de comprendre la différence qui existe entre telle action ou telle autre. Mais à quel point de vue? Veut-on parler du *discernement juridique,* de celui qui consiste à savoir que tel fait est puni et amène une arrestation? L'enfant acquiert ce discernement de bonne heure. Dans le milieu où se recrutent les jeunes délinquants, leur éducation pénale est bientôt faite. Par les exemples qu'ils ont sous les yeux, par les conversations qu'ils entendent, par leur expérience personnelle, ils comprennent vite qu'il y a des gendarmes, des prisons, et l'idée de pénalité se lie facilement pour eux à l'idée de vol, d'escroquerie, d'outrage public à la pudeur, etc. Veut-on parler du *discernement moral,* de celui qui consiste à distinguer, au point de vue de la conscience, le bien du mal? Le jeune délinquant est mal préparé, par son éducation, à l'acquérir. Pour distinguer le bien du mal, pour comprendre qu'il y a une vie honnête et une autre qui ne l'est pas, il faut pouvoir faire la comparaison. Or, dans les milieux où vivent les jeunes délinquants, cette comparaison est difficile. Ceci compris, est-il nécessaire que le mineur de seize ans, pour être punissable, présente un état intellectuel d'où puisse résulter la certitude qu'il

l'ensemble de la situation? N'est-ce pas la *maturité juridique et morale* du prévenu qu'il faut rechercher? On comprendrait un système de législation qui obligerait les juges à se placer à ce point de vue général. Mais ce n'est pas le nôtre. D'après les articles 66 et 67 du Code pénal, ce qu'il faut exclusivement rechercher, c'est la question de savoir si le mineur *a agi* avec discernement dans le fait particulier qui lui est reproché. La question de *discernement* n'est, au fond, que la question de *culpabilité;* le discernement effectif, c'est la condition essentielle de la responsabilité; c'est la justification scientifique et morale de la répression. Elle est, ici, posée, d'une manière plus spéciale, à raison du jeune âge du délinquant, mais elle est posée par rapport au fait même qui lui est imputé.

Ceci dit, nous devons nous placer en face de trois situations.

I. Un individu est traduit devant une cour d'assises, il est accusé d'un crime, par exemple, d'un meurtre : l'article 340 du Code d'instruction criminelle oblige le président, « si l'accusé a moins de seize ans », à poser, « à peine de nullité, cette question : *L'accusé a-t-il agi avec discernement*[1] »? Pour comprendre cette règle, il faut savoir qu'on ne pose, en général, au jury

§ XXXVI. [1] L'article 340 du Code d'instruction criminelle rectifie, à ce point de vue, ce qu'a d'inexact la formule dont s'est servi le Code penal. L'article 66 conduirait à penser, en effet, que la question qui se pose, lorsque le mineur est traduit devant les tribunaux, est de savoir *s'il a agi sans discernement.* La présomption serait, en quelque sorte, retournée, et, en cas de partage des jurés, la présomption de discernement se trouverait subsister. Mais l'article 67 s'exprime autrement que l'article 66 du Code pénal; et l'article 340 du Code d'instruction criminelle ne laisse aucun doute sur la formule exacte de la question. Le mineur est bien protégé par une présomption d'*irresponsabilité.* D'où deux conséquences de procédure : 1° La forme de la question sera : X... a-t-il agi *avec* discernement? et non : X... a-t-il agi *sans* discernement? 2° Si le jury est divisé sur la question par six voix contre six, le partage équivaudra à une réponse négative. Il est vrai que l'article 347 modifié par la loi du 9 juin 1853, a enlevé, à ce point de vue, tout intérêt pratique à l'observation, en décidant que la décision du jury *contre* l'accusé se forme à la majorité. Il importait, néanmoins, de bien rétablir la véritable pensée de la loi qui est de créer, au profit du mineur de seize ans, une présomption de non-discernement et, par conséquent, d'irresponsabilité. Comp. LAINÉ, *op. cit.*, p. 167.

qu'une question, à la fois unique et complexe, la question de *culpabilité*. Si donc l'accusé avait plus de seize ans au moment où il a commis le meurtre, on demande seulement au jury : *A... est-il coupable d'avoir volontairement donné la mort à B...?* c'est-à-dire qu'on n'appelle pas spécialement l'attention du jury sur l'état psychologique de l'accusé : le jury estime-t-il que l'accusé était en état de démence au temps de l'infraction, il doit répondre négativement à la question de culpabilité; car l'accusé ne peut être coupable, s'il n'a pas le discernement de ses actes. Pourquoi donc obliger le président de la cour d'assises à poser, pour l'accusé mineur de seize ans, une question de *discernement,* distincte de la question de *culpabilité?* C'est que la loi ne pouvait se contenter de voir le jury, en répondant affirmativement à la question de culpabilité, résoudre *implicitement,* contre le mineur, la question de discernement; elle devait couvrir le mineur, *même déclaré coupable,* de cette présomption d'irresponsabilité, qui est la conséquence de son jeune âge.

Mais, en posant au jury une question spéciale de discernement, distincte de la question de culpabilité, la loi a séparé les deux éléments de la responsabilité pénale, en général confondus dans la question de culpabilité : la *volonté* de commettre l'infraction, et la *conscience* de l'illégalité et de l'immoralité du fait qui la constitue. Pour répondre à la première question : *L'accusé est-il coupable?* le jury doit se demander si le fait a été matériellement commis, si l'accusé en est l'auteur, s'il a eu l'intention ou la volonté de le commettre. Pour répondre à la seconde question : *L'accusé a-t-il agi avec discernement?* le jury doit se demander si l'accusé a compris et agi avec l'appréciation exacte

réponse du jury qui déclarerait l'accusé *coupable* d'avoir agi *avec discernement*, qu'il n'y aurait de *contradiction* dans celle qui déclarerait l'accusé *coupable* d'avoir agi *sans discernement*. La déclaration de *non-culpabilité* et la déclaration de *culpabilité sans discernement* doivent avoir pour résultat un *acquittement*, mais cet acquittement ne peut pas être aussi absolu dans le second cas que dans le premier. J'en conclus que si le jury estime que le défaut de discernement du mineur est *exclusif de toute volonté coupable*, c'est en répondant négativement à la question de culpabilité, qu'il manifestera sa manière de voir.

II. Un mineur de seize ans est traduit devant le *tribunal de police correctionnelle* pour crime ou pour délit : la nécessité, pour le tribunal, d'examiner la question de discernement existe-t-elle? Il semble que non, à lire l'article 66 du Code pénal, qui ne s'occupe que du mineur *accusé*, et, par conséquent, traduit en cour d'assises, et l'article 340 du Code d'instruction criminelle qui ne statue qu'en vue des *affaires soumises au jury*; de sorte que les textes, qui prescrivent l'examen séparé de la question de discernement, ne paraissent viser, par leur formule, que la juridiction des assises. Mais l'examen spécial de la question de discernement s'impose évidemment aux tribunaux de police correctionnelle, lorsqu'ils jugent les *crimes* commis par des mineurs de seize ans, puisque l'article 68 *in fine* ordonne que ces tribunaux se conforment à l'article 66. Or, il ne saurait en être autrement lorsque les tribunaux correctionnels jugent les *délits* suivant leur compétence normale [2].

III. Mais, le mineur est traduit devant un *tribunal de simple police* pour contravention : la question de discernement se pose-t-elle au juge et doit-elle être spécialement examinée par lui? On pourrait hésiter : d'une part, les articles 66 et suivants gardent un silence complet sur la question; d'autre part, les contraventions sont, en principe, punissables sans qu'on ait égard à l'intention de l'agent. Mais le premier argument n'est pas suffi-

[2] La jurisprudence est conforme : Cass., 25 octobre 1895 (*Pand. franç.*, 96.1.144). Conf. Paris, 14 août 1893 (*Pand. franç.*, 94.2.117).

sant, car l'article 66 est l'expression, en ce qui concerne la question de discernement, d'un principe qui n'avait pas besoin d'être écrit dans la loi, puisqu'il résultait de la nature même des choses; le second n'est pas satisfaisant, car autre chose est le défaut d'intention, autre chose le défaut de discernement[3]. La loi, quand elle punit une contravention, punit toujours une *faute*, une négligence, une imprudence, une ignorance : et toute faute, si minime qu'elle soit, ne peut se concevoir que commise par une personne qui a le discernement de ses actes[4].

La question de discernement est donc une question d'imputabilité, indépendante de la *nature de la juridiction*[5] devant laquelle le mineur est traduit, indépendante de la *nature de l'infraction* pour laquelle le mineur est poursuivi[6]. Il faut en conclure que l'obligation de l'examiner et de la résoudre, comme l'obligation d'examiner et de résoudre la question de culpabilité, s'impose à toute *juridiction de jugement*[7], et que la preuve

[3] « Attendu que l'intention n'est pas la même chose que le discernement, celui-ci se rapportant à la conscience que l'on a de ses actes, et l'intention, à la volonté qui les fait commettre; que l'intention peut manquer là où le désistement existe... ». — Cass., 20 mars 1841 (S. 41.1.436).

[4] La Cour de cassation, après avoir admis, en matière de contraventions, par nombre d'arrêts, que l'article 66 était applicable aux contraventions dans la partie qui ordonne d'acquitter, si le mineur a agi sans discernement, s'était écartée de cette jurisprudence par un arrêt du 12 février 1863, rapporté par Blanche, t. II, n° 356. Elle est, depuis, revenue à sa première jurisprudence : Cass., 17 février 1876 (D. 76.1.415) et les arrêts cités en note; Cass., 1er février 1877 (*Bull. crim.*, n° 39).

[5] Voy. Cass., 7 avril 1865 (D. 65.1.193). Il est à remarquer, au surplus, que le Code de justice militaire pour l'armée de terre du 4 août 1857 (art.

que cet examen a été fait doit résulter expressément des motifs de la décision.

242. Ainsi deux questions se posent à toute juridiction saisie d'une poursuite contre un individu qui était mineur de seize ans au moment du fait qui lui est reproché : une question générale de *culpabilité* et une question spéciale de *discernement*.

I. Si le juge déclare le mineur *non coupable*, la conséquence en est un acquittement absolu : on doit au mineur une satisfaction plus complète que l'application de l'article 66; le juge le renvoie purement et simplement de la poursuite : non seulement aucune peine ne doit être prononcée contre le mineur, mais aucune mesure préventive de détention ou d'éducation ne peut être ordonnée. La question de discernement ne venant qu'après la question de culpabilité, et dans le cas seulement où cette première question aurait été résolue par une réponse affirmative, ne se posera même pas.

II. Ce n'est donc qu'après une déclaration de culpabilité que le juge examine si le mineur a agi avec discernement, question à laquelle il peut faire une réponse, soit affirmative, soit négative.

Si le mineur, déclaré coupable, n'a pas agi avec discernement, il doit être « *acquitté* », aux termes de l'article 66 du Code pénal. Mais quelle est la nature et quels sont les effets de cet acquittement? Sur cette question, nous trouvons deux manières de voir, complètement opposées, et que nous croyons trop absolues l'une et l'autre. — Pour certains, la déclaration que le

de discernement, car le renvoi de la poursuite, résultant de cette cause, n'est pas pur et simple : les tribunaux doivent examiner s'il n'y a pas lieu de placer le mineur acquitté dans une maison d'éducation correctionnelle : or, cette mesure ne saurait être prise par la juridiction d'instruction. Cependant, il ne faut pas exagérer l'incompétence du juge d'instruction. S'il estime qu'à raison du jeune âge, la question de discernement ne se pose même pas et que l'enfant ne peut être éventuellement un coupable, il puise, dans le droit commun, la faculté de motiver une ordonnance de non-lieu sur l'absence de culpabilité (Voy., Le Sellyer, *op. cit.*, n° 123). J'admets ce tempérament pour permettre au juge d'instruction d'arrêter le zèle exagéré du procureur de la République, voulant, sans utilité, poursuivre un enfant auquel manque, par raison de son âge, tout discernement.

mineur a agi sans discernement équivaut à une déclaration de non-culpabilité[8]. Les expressions : « sera *acquitté* », dont se sert l'article 66, en sont, disent-ils, une preuve; car, aux termes de l'article 358 du Code d'instruction criminelle, l'acquittement n'est prononcé qu'en faveur d'un individu qui n'est pas trouvé coupable. Mais l'expression de l'article 66 ne saurait prévaloir contre ce fait que le mineur a été déclaré coupable, et il faut concilier deux décisions : celle sur la culpabilité et la décision sur le défaut de discernement. Aussi, la loi ne nous dit pas, dans l'article 66, comme dans les articles 64, 327 et 328, alors qu'elle prévoit de véritables causes de non-culpabilité : « *Il n'y a ni crime ni délit* », lorsque le mineur est déclaré avoir agi sans discernement; mais simplement : « *Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté* ». L'acquittement pour défaut de discernement ne peut pas avoir la même nature et produire les mêmes effets que l'acquittement sur déclaration de non-culpabilité. — Aussi, d'après d'autres auteurs[9], le défaut de discernement, chez le mineur de seize ans, ne serait qu'une excuse absolutoire et la sentence rendue en sa faveur qu'une sentence d'*absolution*. Mais cette opinion ne tient aucun compte des expressions de l'article 66 qui déclare le mineur *acquitté* et non *absous*. Elle ne tient aucun compte non plus de ce fait que le discernement est l'une des bases de la responsabilité pénale.

Pour moi, l'acquittement, basé sur le défaut de discernement, a un caractère tout spécial : aussi, la sentence qui le prononce est, à certains points de vue, une sentence d'*absolution*, puisque le mineur est déclaré coupable, à d'autres, une sentence

La question de qualification importe peu, mais les effets caractéristiques de cette solution d'un procès pénal permettent de lui donner une place à part entre l'acquittement et l'absolution et de lui faire produire des conséquences qui ne sont ni celles de l'acquittement pur et simple, ni celles de l'absolution ordinaire.

Ainsi, le défaut de discernement ressemble à une excuse absolutoire aux points de vue suivants : 1° La question de discernement, comme la question d'excuse, n'est pas examinée par les juridictions d'instruction, mais par les juridictions de jugement. Je ne veux pas dire que le juge d'instruction et la chambre des mises en accusation seraient sans pouvoir et sans droit pour arrêter le zèle exagéré du ministère public requérant la mise en prévention ou en accusation d'un enfant à qui manquerait tout discernement. Mais je veux dire que, dès qu'il y a le moindre doute sur la question, les juridictions d'instruction n'ont pas à l'examiner pour empêcher la poursuite; elles doivent laisser aux juridictions de jugement, seules compétentes, le soin de tirer, s'il y a lieu, les conséquences du défaut de discernement, telles qu'elles sont indiquées par la loi[11]. 2° La question de discernement, comme les questions d'excuse, n'est pas comprise dans la question générale de culpabilité; elle est posée d'une manière distincte et subsidiaire. 3° En cour d'assises, l'acquittement du mineur, qui a agi sans discernement, est prononcé, comme une sentence d'absolution, par un arrêt de la cour, et non par une ordonnance du président, comme le serait l'acquittement ordinaire. En cas de déclaration de non-culpabilité, en effet, aucune question contentieuse appelant une décision de la

été déclaré coupable. Cfr. Cass., 7 juillet 1864 (*J. de dr. crim.*, art. 8003); Cass., 27 mai et 22 juin 1851 (*ib.*, art. 5984); Cass., 20 mars 1841, 25 mars et 12 août 1843 (*ib.*, art. 2847, 3380, 3476). Il faut reconnaître, après avoir parcouru ces arrêts, que la question de savoir quel est le caractère de l'acquittement, prononcé au profit d'un mineur qui a agi sans discernement, est douteuse en jurisprudence. Mais, je le répète, c'est une question de qualification sans importance. Ce qu'il faut rechercher, et sur ce point les solutions de la jurisprudence sont suffisamment coordonnées, ce sont les effets de cet acquittement.

[11] Voy. ce que je dis plus haut, dans la note 7.

juridiction ne peut être soulevée; il s'agit d'enregistrer un verdict qui s'impose, de le mettre à exécution en prononçant la mise en liberté de l'accusé : c'est au président seul que ce droit appartient. Mais, en cas d'acquittement pour défaut de discernement, il y a peut-être lieu de prendre des mesures de détention contre le mineur, de le condamner aux frais du procès ; un arrêt de la cour est nécessaire pour cela. 4° En admettant, avec la jurisprudence, que l'accusé absous puisse être condamné aux dépens, j'incline à croire que le mineur acquitté pour défaut de discernement doit payer les frais du procès. La poursuite était nécessaire : elle est due à la situation même dans laquelle s'est placé le mineur en commettant un délit (*Dedit locum inquirendi*)[12]. 5° Enfin, le mineur, ayant commis une faute, puisqu'il est déclaré coupable, peut être condamné à des dommages-intérêts s'il y a une partie civile en cause, et, dans tous les cas, les parents, sous la surveillance desquels il se trouve et qui ont mal rempli leur devoir, peuvent être déclarés civilement responsables, soit au point de vue des frais, soit au point de vue des dommages-intérêts, même par les tribunaux de répression.

Le défaut de discernement ressemble, au contraire, à une cause de non-culpabilité, aux deux points de vue suivants : 1° La sentence, basée sur le défaut de discernement, ne peut condamner[13] le mineur à aucune peine, pas même au renvoi sous la surveillance de la haute police, remplacée aujourd'hui par l'interdiction de séjour, qui est prononcée parfois quand, à raison d'une excuse absolutoire, la peine principale est supprimée[14]; pas même, en matière fiscale, à ces amendes qui ont un

caractère mixte, et représentent, tout à la fois, la réparation du préjudice et la répression pénale de l'infraction. 2° La sentence d'acquittement pour défaut de discernement en cour d'assises, étant la conséquence d'un verdict du jury, qui s'impose au point de vue de l'exemption de toute peine, est, comme tout autre acquittement, à l'abri d'un recours en cassation : les articles 350 et 360 du Code d'instruction criminelle lui sont donc applicables.

243. Si l'acquittement est une conséquence nécessaire, en toute matière, du défaut de discernement; en matière de *crimes* et de *délits*[15], le tribunal ou la cour a le choix, *selon les circonstances*, entre deux partis : ou bien remettre l'enfant à ses parents, ou bien ordonner qu'il sera conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu.

a) Le délit de l'enfant s'explique par le défaut de surveillance ou par la contagion des mauvais exemples, souvent par ces deux causes. Il est alors nécessaire de soustraire le mineur à sa famille qui ne l'élève pas ou qui l'élève mal, et de le transplanter dans un autre milieu. C'est dans ce but que le Code pénal de 1791, dont la disposition est reproduite par le Code pénal de 1810, permet aux *tribunaux de répression* qui acquittent un

[15] *Sic*, Faustin Hélie, *Prat. cr.*, t. II, n° 131. L'article 66 n'est pas applicable, à ce point de vue, en matière de contravention. Sans doute, le tribunal de police doit examiner et résoudre la question de discernement et ne peut condamner que si le mineur a agi avec discernement. C'est ce que nous avons constaté déjà. Mais si le tribunal de police décide que le mineur n'a pas eu le discernement, il doit le relaxer purement et simplement sans pouvoir user de la faculté de le renvoyer jusqu'à sa vingtième année, dans une maison de correction. La nature de l'infraction ne saurait autoriser une pareille mesure. Je ne crois pas, du reste, que la question de légalité ou d'illégalité d'une décision de ce genre se soit présentée en pratique, car il n'est jamais venu à l'esprit d'un juge de paix d'interpréter ainsi l'article 66 du Code pénal. Cependant, certains auteurs semblent admettre, à la rigueur, la légalité de cette mesure : Blanche, *op. cit.*, t. II, nos 354 et suiv.; Molinier, *Traité*, p. 125. Mais l'article 66 ne s'occupe que du mineur accusé. Si nous avons suppléé à la lacune de la loi en ce qui concerne le prévenu de délit et de contravention, nous ne pouvons le faire que dans la mesure indiquée par la raison et par l'esprit de la loi, celle de la présomption d'irresponsabilité.

mineur, de le renvoyer, dans une maison de correction, « pendant tel nombre d'années », ou plutôt, *pendant tel temps*[16] que le jugement déterminera, mais qui ne pourra, en aucun cas, excéder l'époque où le mineur aura accompli sa *vingtième année*.

Sur le caractère de la décision, il n'y a aucun doute. Il ne s'agit pas de *punir*, mais de *corriger*, par des mesures d'éducation appropriées, un enfant qui *n'est pas un coupable*. Cette décision n'est donc pas en contradiction avec l'acquittement qui a été prononcé, pour défaut de discernement. Elle n'est une peine ni dans son but ni dans ses effets. Dans son but, puisqu'il s'agit, tout à la fois, d'enlever un enfant au milieu dans lequel il a vécu et de refaire son éducation. Dans ses effets, puisqu'aucune des règles spéciales aux peines ne doit être appliquée. Ainsi, l'envoi en correction ne constitue pas un antécédent judiciaire, le mineur n'ayant pas été condamné, et la décision qui le prononce ne peut jamais être prise comme un élément de récidive si le mineur vient à commettre plus tard une nouvelle infraction. Le tribunal ou la cour ne saurait non plus surseoir à l'exécution de cette mesure, par application de la loi du 26 mars 1891, puisqu'il ne s'agit pas d'un emprisonnement proprement dit.

Sur l'exécution de la mesure et l'organisation de l'*éducation correctionnelle*, il y a lieu seulement de noter ici que ce point a été réglé par la loi du 5 août 1850 qui s'occupe de l'éducation et du patronage des jeunes détenus et crée divers établissements dans ce but (colonies pénitentiaires, colonies correctionnelles). L'économie des dispositions de cette loi est expliquée plus loin.

On est d'accord pour trouver insuffisante la limite extrême de

si le mineur n'est pas, à cette époque, engagé dans l'armée, comme il est mineur en droit civil jusqu'à vingt et un ans, il retombe sous la puissance de ses parents auxquels on avait voulu le soustraire. Mais la loi du 24 juillet 1889 a fait, jusqu'à un certain point, droit à cette critique, en permettant aux tribunaux (art. 2, § 5), de déclarer déchus de la puissance paternelle « les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction par application de l'article 66 du Code pénal[17] ».

b) La loi, en autorisant la remise du mineur acquitté à ses parents, a entendu, par cette expression générale, donner au tribunal ou à la cour le droit de remettre l'enfant, non seulement aux membres de la famille, mais même à des maîtres, des patrons, en un mot à toute personne honorable qui voudra bien se charger du mineur.

Il appartient, dans tous les cas, aux juges d'apprécier, *selon les circonstances*, et d'ordonner celle de ces deux mesures qui paraîtra devoir être la plus utile à l'enfant[18]. Sur le choix entre

[17] La commission de révision du Code pénal propose de modifier ainsi, dans l'article 58 du projet, les dispositions du Code pénal : « Le mineur de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, sera acquitté, mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents ou conduit dans un établissement d'éducation et de réforme pour y être retenu pendant un tel nombre d'années que le jugement déterminera et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingt et unième année ».

[18] Une évolution s'est produite, à cet égard, dans les habitudes judiciaires : elle est due à l'influence très profonde et très heureuse d'un comité spécial qui s'est formé, à Paris, depuis 1891, sous le nom de *Comité de défense des enfants traduits en justice*. D'accord avec les magistrats du parquet et de l'instruction, ce comité veille, par l'intermédiaire des sociétés de patronage et de protection de l'enfance, au placement des mineurs acquittés comme ayant agi sans discernement, lorsqu'ils sortent, par voie de libération conditionnelle, de la colonie dans laquelle ils ont été envoyés jusqu'à vingt ans. Cette œuvre excellente a pu obtenir à Paris un double résultat, lequel, généralisé dans toute la France, préparerait, sans qu'il fût besoin de reviser le Code pénal, une transformation complète du régime de l'enfance criminelle. 1° Nous avons dit que l'emprisonnement, appliqué à l'enfant, qu'il soit subi individuellement ou en commun, est une mesure déplorable. Le *Comité de défense* a obtenu du tribunal de la Seine qu'il fût rarement prononcé. Aujourd'hui, tous ou presque tous les enfants traduits devant le tribunal cor-

la remise à la famille et l'envoi en correction, le juge du fait est souverain. Mais son option est limitée à l'un ou à l'autre des deux partis que nous venons d'indiquer. Le tribunal ou la cour ne pourrait pas, soit substituer à l' « École pénitentiaire », dans laquelle les jeunes détenus « sont élevés en commun sous une discipline sévère », une maison de patronage d'ordre purement privé (L. 5 août 1850, art. 3), soit désigner nommément telle ou telle maison correctionnelle. D'une part, le Code pénal ne donne au tribunal que l'alternative de la remise à la famille ou de l'envoi en correction, et, d'autre part, si le tribunal prend cette dernière mesure, l'exécution administrative de sa décision ne saurait lui appartenir[19].

244. Lorsque la décision de la juridiction, devant laquelle comparaît le mineur, porte qu'il a agi avec discernement, le jeune âge devient, mais en matière criminelle et correctionnelle seulement, une excuse atténuante qui diminue la culpabilité et, par conséquent, la peine[20]. Le mineur doit être *condamné*, mais à une peine moins sévère que s'il avait été majeur de seize ans au moment du délit. Nous déterminerons, à propos de la théorie

rectionnel de la Seine sont acquittés, et, lorsqu'ils ne sont pas remis à leurs parents, renvoyés dans une maison de correction jusqu'à vingt ans. Si, comme il est à souhaiter, cette jurisprudence se généralise en France, on réalisera le vœu qui a été émis au congrès d'Anvers et appuyé par les criminalistes français et étrangers, la suppression de l'article 67 du Code pénal et de toute condamnation contre le mineur, celui-ci ne pouvant plus être un *coupable qu'on punit*, mais un enfant qu'on réforme; 2° La promiscuité du dépôt où l'enfant est conduit après son arrestation, est, j'ai à peine besoin de le dire, une épreuve redoutable pour sa moralité. Ce qui est surtout né-

des excuses, l'influence de cette *excuse* sur la pénalité. Il est à regretter seulement que, relativement au mineur de seize ans, qui est jugé avoir agi avec discernement, la juridiction compétente n'ait pas été investie du pouvoir de faire suivre l'emprisonnement *pénal*, qui peut être de courte durée, de ces mesures de garde et d'éducation, qui, pour celui qui a agi sans discernement, peuvent se prolonger jusqu'à vingt ans. Il est singulier que la privation de liberté, infligée, à titre correctionnel et non pénal, au mineur ayant agi sans discernement, soit, en général, plus longue, que celle infligée, à titre pénal, à celui chez qui le discernement a été reconnu[21].

245. L'article 68 décide que, au lieu d'être traduits devant la cour d'assises, pour les crimes qu'ils commettent, les mineurs de seize ans sont jugés par les tribunaux correctionnels. Cette disposition, qui n'existait pas dans le Code pénal de 1810, a été introduite par la loi du 25 juin 1824 et insérée, lors de la révision de 1832, dans l'article 68[22]. Son *but* est d'épargner au mineur la flétrissure des débats au grand criminel, de lui donner une justice plus prompte et moins solennelle; son *résultat*, de mettre la compétence d'accord avec la nature de l'infraction, puisque le mineur de seize ans doit légalement être puni de peines correctionnelles, à raison des crimes qu'il commet. Mais les exceptions, que l'article 68 apporte à la compétence des tribunaux correctionnels, absorbent presque le principe, qui a, dès lors, l'inconvénient de compliquer, sans grande utilité, les règles de la compétence.

[21] Aussi, voit-on très souvent, en pratique, des adolescents dissimuler leur âge, et alors qu'ils n'ont pas seize ans, essayer de prouver qu'ils ont dépassé cet âge. On en voit également essayer d'établir qu'ils ont agi avec discernement et interjeter appel pour le faire juger, contrairement à la décision des premiers juges. L'appel est-il recevable dans ce cas? Cfr. sur la question, et dans le sens de l'affirmative : Rennes, 21 mai 1844. — Le projet de révision du Code pénal, préparé par la Commission, tient également compte de cette critique, dans l'article 58, dont le dernier paragraphe est ainsi conçu : « Le tribunal pourra, en outre, ordonner qu'à l'expiration de sa peine, le condamné sera envoyé dans une maison de correction pour y être retenu jusqu'à sa majorité ».

[22] Cfr. Chauveau, *Code pénal progressif*, p. 191.

Le mineur, en effet, est justiciable de la cour d'assises, dans les trois cas suivants : 1° Lorsqu'il a des coauteurs ou des complices, âgés de plus de seize ans, qui doivent être jugés par la cour d'assises. L'indivisibilité de la poursuite et du jugement impose l'obligation de déférer l'affaire, pour tous les accusés, à cette juridiction, qui est la *juridiction de droit commun*. Mais la loi exige que les complices soient *présents*. Cette expression ne se trouvait pas dans la loi de 1824; elle a été ajoutée en 1832, et les travaux préparatoires ne nous en donnent pas le sens : a-t-on voulu dire que le mineur devait être traduit devant le tribunal correctionnel quand le majeur était contumax? Je crois que ces mots ont d'abord ce sens, mais qu'ils ont même une plus large étendue d'application. Toutes les fois que, pour une cause ou pour une autre, la même poursuite ne peut embrasser le mineur et ses complices, parce que les complices sont morts ou inconnus, etc., le mineur est justiciable du tribunal correctionnel. 2° C'est la cour d'assises qui est également compétente pour juger le mineur de seize ans, qui a commis un crime, puni de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation ou de la détention. Cette exception se justifie soit par la *gravité*, soit par la *nature* du crime commis par le mineur. 3° La cour d'assises ne serait-elle pas également compétente dans une troisième hypothèse? Un mineur de seize ans, avec une précocité qui sera rare, a commis un délit de presse, de la compétence ordinaire de la cour d'assises : doit-il être traduit devant cette juridiction? Je le croirais volontiers, car la juridiction de la cour d'assises est considérée, en matière de presse, comme une garantie pour l'accusé, dont on ne doit pas

§ XXXVII. — DE LA CONDITION DES MAJEURS DE SEIZE ANS

(C. p., art. 70 et 71 ; L. 30 mai 1854, art. 5 ; L. 27 mai 1885, art. 8.)

246. Après seize ans accomplis, la majorité pénale est acquise. — **247.** L'adolescence. — **248.** La vieillesse. — **249.** La présomption de discernement qui résulte de la majorité n'est pas absolue.

246. Après seize ans[1] accomplis, l'homme est présumé pleinement responsable de ses actes au point de vue de la loi pénale. Une seule exception est faite, par la législation française, en matière de rapt. Lorsque le ravisseur n'a pas vingt et un ans, mais a plus de seize ans, il est punissable d'un emprisonnement de deux à cinq ans et non des travaux forcés à temps (C. p., art. 356). S'il a moins de seize ans, par application de l'article 69 du Code pénal, son emprisonnement est réduit à une durée de six jours à deux ans et demi.

Le principe de la pleine responsabilité à partir de seize ans donne lieu à deux applications principales.

247. La première concerne les adolescents. Il arrivera parfois que des circonstances particulières, telles qu'une maladie, le défaut d'éducation, un vice organique, auront retardé le développement intellectuel et moral ; de sorte qu'il pourra se faire qu'un individu, ayant dépassé l'âge de seize ans, ne possède pas encore le discernement complet de ses actes ; mais, à la différence de ce qui se passe pour un mineur de seize ans, la question spéciale de discernement ne sera pas posée à l'occasion des infractions commises par cet individu, elle rentrera dans la question unique et complexe de *culpabilité*. Si les juges estiment

§ XXXVII. [1] Il avait été question, lors de la révision du 28 avril 1832, de reculer la limite de la minorité pénale jusqu'à dix-huit ans. Le Code pénal belge de 1867 a maintenu la limite de seize ans, mais en décidant que la peine de mort ne pourrait être prononcée contre un mineur de dix-huit ans. Nous avons vu que quelques législations, moins rigoureuses que la nôtre, tout en présumant le discernement, lorsque l'agent a atteint l'âge fixé pour la majorité pénale, le font, encore pendant quelques années, bénéficier d'une réduction de peine.

que le prévenu ou l'accusé, à raison de son âge, a agi sans discernement, ils le déclareront non coupable et l'acquitteront, comme ils acquitteraient tout individu qui, pour une cause quelconque, n'aurait pas l'intelligence de ses actes. A partir de seize ans, l'homme rentre donc dans le droit commun au point de vue de la responsabilité comme au point de vue de la pénalité. Il est une mesure cependant qui ne peut être prononcée contre un jeune homme que s'il a atteint vingt et un ans au moment où elle devrait entrer en vigueur, c'est la *relégation* (L. 27 mai 1885, art. 6).

248. L'âge, quelque avancé qu'il soit, ne peut, par lui-même, ni effacer, ni diminuer la culpabilité[2]. Mais la vieillesse amène souvent un affaiblissement des facultés intellectuelles : par une triste loi de la nature, l'homme finit souvent par où il a commencé, l'enfance (*Senectus est veluti altera pueritia*). Le vieillard, retombé en enfance, peut être déclaré irresponsable des délits qu'il a commis, non à cause de son âge, mais à cause de l'affaiblissement de son intelligence. Toutefois, on comprend que la loi adoucisse, dans leur application aux vieillards, l'*exécution* de certaines peines qui, par les travaux et les fatigues qu'elles entrainent, se changeraient, pour eux, en une condamnation à mort, que l'âge puisse être ainsi, pour les vieillards, non précisément une excuse, mais une cause de *mitigation de peine*, comme le sexe pour les femmes (C. p., art. 65)[3]. Aussi, l'article

[2] Sur la vieillesse, au point de vue de la criminalité : TARDE, *Philosophie pénale*, p. 199.

[3] Le sexe est sans influence sur les dispositions pénales, qui s'adressent également à la femme et à l'homme, c'est-à-dire à « quiconque » commet le

5 de la loi du 30 mai 1854, qui modifie l'article 70 du Code pénal, décide que : « Les peines des travaux forcés à perpétuité « et des travaux forcés à temps ne seront prononcées contre « aucun individu âgé de *soixante ans accomplis au moment du* « *jugement :* elles seront remplacées par celles de la réclusion, « soit à perpétuité, soit à temps, selon la durée de la peine « qu'elle remplacera ». Le récidiviste qui aurait dépassé l'âge de soixante ans, à l'expiration de la peine qui entraînerait la relégation, ne pourra non plus être relégué. La relégation sera, dans ce cas, remplacée par l'interdiction perpétuelle de séjour (L. 27 mai 1885, art. 8). Les articles 70 et 71 du Code pénal remplacent également la peine de la *déportation* par la peine de la détention à perpétuité, pour les individus âgés de *soixante-dix ans accomplis au jour du jugement.*

La mitigation de la peine, résultant de l'âge ou du sexe, suppose que la culpabilité est pleine et entière; mais il est nécessaire de substituer une peine à une autre, par suite d'un état du condamné qui n'influe pas sur la moralité de l'acte. Les dispositions que nous venons d'analyser n'ont donc pas pour résultat de modifier la *nature* propre des peines encourues par les sexagénaires pour les crimes dont ils sont reconnus coupables, mais seulement d'établir un *mode d'exécution,* différent du mode d'exécution régulier de ces peines[4]. Du reste, cette substitution

Meille, revu par Saint-Aubin, Paris, 1896. Compte-rendu développé de cet ouvrage, par Raymond de Rickere, dans *Archiv. de l'anthrop.*, 1897, p. 301 à 321.

[4] De là résulte une triple conséquence : 1° si la réclusion perpétuelle est prononcée à la place des travaux forcés à perpétuité, elle emportera la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit (L. du 31 mai 1854, art. 3); 2° si la peine des travaux forcés ne peut être prononcée contre un accusé âgé de plus de soixante ans, elle n'en doit pas moins, au cas où des circonstances atténuantes ont été reconnues par le jury, servir de base et de point de départ pour l'application de l'article 463 : Cass., 18 décembre 1856 (D. 57.1.44. Voy. Blanche, *op. cit.*, t. II, n° 368); 3° les dérogations apportées par l'article 11 de la loi du 17 mai 1885 à la procédure correctionnelle, lorsque la poursuite peut aboutir à la prononciation de la relégation, s'appliquent dans le cas où l'interdiction perpétuelle de séjour la remplace.

de la réclusion ou de la détention aux travaux forcés ou à la déportation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée par le juge, et la Cour de cassation a souvent décidé qu'il y avait lieu d'annuler, en ce qui concernait l'application de la peine seulement, l'arrêt qui prononçait la peine des travaux forcés ou de la déportation contre un individu âgé de soixante ans ou de soixante-dix ans.

249. La présomption de responsabilité, qui résulte de ce fait que l'inculpé avait dépassé seize ans au moment de l'infraction, peut tomber devant la preuve contraire, par exemple, par suite de l'état de démence ou de contrainte dans lequel se trouvait l'agent au moment du délit (art. 64).

§ XXXVIII. — DE LA QUESTION D'AGE

250. Vérification de l'âge de l'inculpé.

250. Un certain nombre de règles doivent être posées.

I. La majorité, en matière pénale, est acquise à seize ans, à tout individu, quelles que soient sa nationalité et sa capacité personnelles, et quel que soit le lieu du délit. A la différence de l'âge qui fixe la capacité civile, l'âge qui fixe la maturité pénale est toujours déterminé par la loi française, dont les règles, à cet égard, sont applicables aux étrangers comme aux Français (C. civ., art. 3, § 1).

II. Puisque l'âge de seize ans constitue, dans la vie humaine, une ligne de démarcation si importante, il est nécessaire de

cette question ne sera même pas examinée, parce qu'il n'existera aucun doute sur sa solution; mais si quelque doute s'élève, ce sera au ministère public à faire la preuve que l'inculpé avait plus de seize ans accomplis au moment de l'infraction et non à l'inculpé à prouver qu'il n'avait pas cet âge. Une condamnation ne peut être, en effet, prononcée que si la juridiction compétente a reconnu l'existence de tous les éléments constitutifs de la criminalité, et c'est au ministère public à les établir : or, l'âge est un de ces éléments[2].

III. Comment cette preuve sera-t-elle faite? Ce qu'il importe de connaître, c'est l'âge de l'inculpé au moment du délit et non au moment de la poursuite : or, l'acte de naissance, qui est le moyen de preuve ordinaire de l'âge, ne suffira pas toujours à établir l'époque du délit et, par conséquent, l'âge de l'inculpé à ce moment-là; du reste, l'acte de naissance peut manquer au dossier: il doit être, dès lors, permis au ministère public d'établir l'âge de la même manière que tous les faits qui servent à la conviction du juge, c'est-à-dire par présomptions, par témoins, par écrit, etc.[3].

IV. Lorsqu'un débat sur l'âge s'élève, qui doit le trancher? La question ne se présente que devant la cour d'assises, puisque, devant cette juridiction seule, la mission de juger est confiée à la fois au jury et à la cour; est-ce au jury, est-ce à la cour qu'il appartient de décider si le mineur avait seize ans accomplis au jour de l'infraction? L'âge étant un des éléments de la culpabilité pénale, et toutes les questions relatives à la culpabilité rentrant dans les attributions du jury, il faut, quand il y a doute ou incertitude sur l'âge, soumettre au jury la question de savoir

fait aucun doute. L'article 903 du Code civil, relatif à la liberté pour le mineur de faire un testament, parle également du *mineur âgé de moins de seize ans*, et l'on entend par là tout mineur qui n'a pas accompli sa seizième année.

[2] La doctrine est conforme. Voy. Ortolan, t. I, n° 287; Blanche, t. II, n° 296; Chauveau et Hélie, t. I, n° 332; Le Sellyer, *Traité de la criminalité*, t. I, n° 111; Lainé, n° 219. La Cour de cassation est aujourd'hui fixée dans le même sens : 26 sept. 1850 (S. 50.1.691); 12 août 1880 (S. 85.5. 386). En sens contraire : Cass., 19 avril 1821 (*B. cr.*, n° 64).

[3] *Sic*, Faustin Hélie, *Prat. crim.*, t. II, n° 122.

si l'accusé avait seize ans, et, subsidiairement ou éventuellement, celle de savoir s'il a agi avec discernement[4]. Le président devra donc poser séparément au jury ces deux questions, à la suite de la question principale : *L'accusé était-il âgé de moins de seize ans au moment du crime ci-dessus spécifié? A-t-il agi avec discernement?*

V. La question d'âge peut et doit être soulevée, dans le procès, non seulement en première instance, mais encore en appel, soit par l'inculpé, soit par le ministère public, soit même d'office par le tribunal; mais peut-elle l'être, pour la première fois, devant la Cour de cassation? En un mot, doit-on considérer le seul défaut de vérification de l'âge de l'inculpé par les juges du fait comme une cause de nullité du jugement ou de l'arrêt de condamnation? Ainsi, Pierre est traduit en cour d'assises pour meurtre. Quel âge avait Pierre le jour du crime? Le président des assises n'a pas posé la question d'âge au jury, parce que l'accusé ne l'a pas demandée et que rien, dans les débats, n'a pu faire croire que Pierre eût moins de seize ans ce jour-là. Pierre est condamné aux travaux forcés à perpétuité, comme s'il était majeur : peut-il, pour la première fois, dans son pourvoi en cassation, venir dire : « *Mais j'étais mineur de seize ans* »; et, en le prouvant, faire annuler la condamnation? La jurisprudence décide, avec raison, qu'il résulte *implicitement* du verdict du jury que l'accusé était âgé de seize anset qu'on ne peut désormais attaquer une décision, souveraine sur le fait, et qui ne viole aucune loi. Nulle part, en effet, la loi ne fait de la vérification de l'âge une formalité à remplir; sans doute, elle suppose que les juges se préoccuperont de l'âge de l'in-

ans accomplis, comme il résulte implicitement d'un arrêt de condamnation que l'accusé n'était pas en état de démence ou de contrainte au temps de l'infraction. Sans doute, le condamné peut n'avoir pas eu seize ans, comme il peut avoir été en état d'aliénation mentale ou de contrainte, mais ce n'est pas à la Cour de cassation qu'il appartient de rectifier les erreurs de fait des décisions judiciaires[6].

VI. Si l'accusé de moins de seize ans est renvoyé devant la cour d'assises à raison de plusieurs chefs d'accusation, il y a lieu de poser une question de discernement sur chaque chef séparément : une question unique, commune à tous les chefs, serait nulle pour vice de complexité[7]. En effet, le discernement n'est pas quelque chose d'absolu ; il doit être examiné et apprécié pour chaque fait reproché à l'accusé, alors même qu'ils se seraient passés à la même époque, alors même qu'ils seraient connexes les uns aux autres, parce que la *maturité juridique* et *morale* peut exister pour certains délits et ne pas exister pour d'autres.

§ XXXIX. — DE L'INFLUENCE DE LA DÉMENCE SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE[1]

(C. p., art. 64.)

251. Double situation possible. — **252.** Démence au temps de l'action. — **253.** Effets de la démence. — **254.** Quand il y a démence. — **255.** Pourquoi la démence est une cause d'irresponsabilité. Évolution dans les idées en matière d'aliénation mentale. — **256.** De la zone neutre entre la sanité et l'insanité d'esprit. — **257.** C'est au temps de l'action qu'il faut se placer pour déterminer si l'agent était en état de démence. — **258.** Résumé. — **259.** Démence pendant la poursuite ou après la condamnation.

251. L'agent peut être en état de démence « *au temps de l'action* » incriminée : c'est la seule hypothèse expressément

[6] En sens contraire : Trébutien, t. I, p. 119. Mais voir Le Sellyer, *De la criminalité*, n° 113 ; Lainé, n° 221.

[7] Cass., 9 févr. 1854 (*B. cr.*, n° 30).

§ XXXIX. [1] Bibliographie : Kraft-Ebing, *La responsabilité criminelle et la capacité civile*, trad. par Chatelain (Paris, 1875) ; Mittermaier, *Disqui-*

prévue par l'article 64. Mais l'agent, qui avait la plénitude de ses facultés à ce moment-là, peut devenir fou, soit avant ou pendant les *poursuites*, soit après la *condamnation*.

Il est évident que, dans le premier cas seulement, la démence est de nature à exercer une influence sur la responsabilité

sitio de alienationibus mentis quatenus ad jus criminale spectant (Heidelberg, 1825); Brière de Boismont, *De la responsabilité légale des aliénés* (Paris, 1863); H. Coutagne, *La folie au point de vue judiciaire et administratif* (Lyon, 1888); Cazauvieilh, *Du suicide, de l'aliénation mentale, et des crimes contre les personnes, comparés dans leurs rapports réciproques* (Paris, 1840); Fabreguettes, *De la responsabilité des criminels* (Paris, 1892); Esquirol, *Des maladies mentales, considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal* (Paris, 1838, 2 vol.); Thulié, *La folie et la loi* (2e éd., 1866); Jules Falret, *De la responsabilité morale et de la responsabilité légale des aliénés* (Paris, 1865); Ed. Labatut, *De la responsabilité morale et légale dans le crime et la folie* (*Rev. gén. du droit*, 1877, p. 19, 114, 221, 359); Albert Lemoine, *L'aliéné devant la philosophie, la morale et la société* (Paris, 2e éd., 1863); Paul Dubuisson, *De l'évolution des opinions en matière de responsabilité* (*Archives de l'anthropologie criminelle*, 1887, p. 101 à 133); Léon Riboud, *Essai sur l'irresponsabilité des aliénés dits criminels* (Paris, 1884); Max Simon, *Crimes et délits dans la folie* (Paris, 1886); Tardieu, *Étude médico-légale sur la folie* (2e éd., Paris, 1880). — M. Lunier, a publié, en 1884, une brochure, sous le titre : *Du mouvement de l'aliénation mentale en France de 1835 à 1882*, avec des tableaux statistiques et des anagrammes. Les résultats qui se dégagent de ce travail peuvent se résumer ainsi : 1° D'après les recensements officiels, dont les renseignements ne peuvent être acceptés que sous les plus expresses réserves, le nombre des aliénés en France aurait quintuplé de 1835 à 1876 et serait approximativement aujourd'hui de 22,50 sur 10.000 habitants ou de 1 sur 444; 2° Le chiffre des aliénés internés s'est élevé progressivement, de 1835 à 1882, de 10.339 à 49.012 : il a donc presque quintuplé depuis cette époque; 3° Cette

pénale; dans le second, elle ne peut en avoir que sur la *poursuite* ou l'*exécution de la condamnation*.

252. *De la démence au temps de l'action*. — Au point de vue de l'influence de la démence sur la responsabilité, une double question se pose : quand y a-t-il démence? Quel est l'effet de la démence? On nous permettra d'intervertir les deux problèmes dans l'exposé que nous ferons de leur solution. Mais avant de les examiner, une observation générale s'impose.

C'est par des causes théologiques que les peuples anciens ont tout d'abord expliqué les perturbations mentales. Les fous étaient des possédés, et on les traitait par l'exorcisme. On leur donnait des noms tirés des divinités qui les tourmentaient. Ce fut même la première classification des maladies mentales. Une telle conception de la folie a eu deux conséquences. Elle ne permit de traiter comme fous que ceux qui avaient totalement perdu l'esprit. Mais ceux-là furent considérés comme absolument irresponsables. Le droit romain partit de cette conception; mais sous l'influence de doctrines philosophiques et médicales plus exactes, une évolution s'accomplit dans les idées d'abord et les institutions ensuite : le domaine de la folie s'étendit avec celui de l'irresponsabilité, et l'aliéné fut considéré comme placé, par sa situation même, en dehors du droit commun : on pouvait l'enfermer, mais non le punir [2].

Dans notre ancien droit, la folie fut considérée, tout au plus, comme une cause d'allègement, d'exemption de peine. Mais, jamais, on n'admit qu'elle fût une cause d'irresponsabilité. Muyart de Vouglans nous dit que, devant les juges, l'insensé convaincu était frappé de la peine ordinaire, que le Parlement seul se réservait de tempérer ou de supprimer sur l'appel, et, en cas de crimes atroces, de maintenir même à titre d'exemple [3].

[2] On lira, avec intérêt, sur la folie en droit romain, l'ouvrage remarquable de mon savant collègue AUDIBERT, *Études sur l'histoire du droit romain. La folie et la prodigalité*, Paris, 1892. Voy. également du même auteur : *De la condition des fous et des prodigues dans le droit romain et de l'influence que la science médicale a exercée en ces matières sur l'évolution du droit* (*Arch. d'anthr. crim.*, 1892, p. 593 à 608).

[3] *Lois criminelles*, liv. I, tit. v, chap. 1, § 2, n° 9. Toutefois, SERPILLON,

Le droit intermédiaire est resté muet sur la question ; mais il n'est pas douteux que, devant les juridictions répressives, la démence pouvait être proposée et admise, à l'occasion de l'examen de l'intention coupable. Ce fut du reste à cette époque, que, grâce surtout au fondateur de la médecine mentale, le Dr Pinel, on comprit que la folie était une altération de l'organisme humain, tout comme les autres maladies. Le Code pénal de 1810, sous l'influence de cette idée, admet expressément, dans l'article 64, que cet état mental supprime la responsabilité parce qu'il supprime le discernement.

253. L'effet de la démence « au temps de l'action » est de faire entièrement disparaître la responsabilité pénale de l'agent qui l'a commise : de même que la démence est, en droit civil, une *cause d'incapacité*, elle est, en droit pénal, une *cause d'irresponsabilité*. L'article 64, pour caractériser l'influence de la démence, se sert, en effet, de cette expression énergique : « *Il n'y a ni crime ni délit* » ; ajoutons, bien que le texte ne le dise pas, qu'il n'y a pas non plus « *contravention* » : le principe de l'article 64 est, en effet, général, puisqu'il résulte de la nature des choses, et il s'applique à toute infraction, qu'elle soit intentionnelle ou non, prévue par le Code pénal ou par une loi spéciale, jugée par un tribunal ordinaire ou une juridiction exceptionnelle. C'est un point qui n'a jamais fait difficulté, malgré la rédaction trop étroite du Code pénal [1].

Sur l'ord. de 1670, art. 8, tit. XVIII, t. II, p. 904, protestait, en magistrat, contre ces idées : « Malgré les arrêts rendus à ce sujet, on peut dire qu'il n'y a point de juge qui pût se déterminer à condamner à mort un accusé

Du principe que la démence est une cause d'irresponsabilité résultent les conséquences suivantes : *a*) L'examen de l'état mental de l'inculpé appartient aux juridictions d'*instruction,* comme aux juridictions de *jugement :* dès que les premières constatent l'état de démence de l'inculpé, elles doivent rendre des décisions de non-lieu mettant fin à la poursuite (C. instr. cr., art. 128 et 229); et cela, sans avoir besoin de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil ait prononcé l'interdiction, car « la question de savoir s'il y a lieu de faire interdire le prévenu est absolument indépendante de celle de savoir s'il y a lieu de le poursuivre pour les délits qui lui sont imputés[5] ». Si le fait de la démence n'est pas suffisamment établi, et qu'il y ait renvoi devant les juridictions de jugement, la question de savoir si l'accusé ou le prévenu est en état de démence rentre dans la *question générale de culpabilité.* En cour d'assises, par conséquent, si le défenseur réclame la position d'une question spéciale de démence, distincte de la question de culpabilité, la cour n'est pas obligée de faire droit aux conclusions, car, « en posant la question de savoir si l'accusé est coupable, on demande, par cela même, au jury, si cet accusé était sain d'esprit et si sa volonté était libre et indépendante au moment de l'action[6] ». Cependant, si rien n'oblige la cour d'assises à poser la question de démence, rien ne lui défend non plus de le faire[7]. Il lui appartient d'apprécier, suivant les circonstances, s'il n'est pas utile, en posant une question spéciale sur le fait de la démence, d'appeler l'attention du jury sur ce point[8]. Du reste,

just. milit. du 4 juin 1857, art. 202; C. just. marit. du 9 juin 1858, art. 260). Mais ces références à une disposition générale, de la nature de celle qui nous occupe, étaient certainement inutiles. — L'article 54 du projet de révision du Code pénal reproduit presque textuellement l'article 64.

[5] Cass., 9 déc. 1814 (S. 15.1.284).

[6] Cass., 11 mars 1813; Cass., 23 sept. 1847 (D. 47.1.118).

[7] Comp. Cass., 30 mars 1849 (D. 49.5.95); 1er mars 1855 (D. 55.5.201); 13 mars 1873 (*B. cr.*, n° 66); 16 sept. 1875 (*B. cr.*, n° 293).

[8] La commission de révision du Code pénal a pensé que le procédé était utile et devait être prescrit : aussi le projet dispose-t-il, dans l'article 55, § 2 : « L'état de démence sera l'objet d'une question spéciale, posée au jury, soit d'office, soit sur la demande de l'accusé ».

pour atteindre le même but, il suffirait que la cour déclarât expressément, dans l'arrêt par lequel elle refuserait de poser la question de démence, que cette question est renfermée dans celle de culpabilité et que le président le fasse observer aux jurés[9]. *b*) Lorsqu'un inculpé a été renvoyé d'instance pour cause d'aliénation mentale ou qu'il a été l'objet d'une ordonnance de non-lieu basée sur la même cause, l'autorité judiciaire ne peut plus le retenir, et il doit être mis en liberté. La société ne se trouve pas pourtant désarmée, le législateur a pris certaines mesures et l'article 18 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés permet, « à Paris, au préfet de police, et dans les départements, aux préfets, d'ordonner *d'office* le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne dont l'aliénation compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes ». Du reste, la loi de 1838 ne contient aucune disposition spéciale sur les *aliénés* dits *criminels*, soit au point de vue de leur placement dans des asiles spéciaux, soit au point de vue des pouvoirs à donner, dans ce cas, aux autorités administratives ou judiciaires[10]. *c*) L'individu, renvoyé d'instance pour cause de démence,

[9] Si la question spéciale de démence avait été posée, y aurait-il contradiction entre une réponse affirmative sur la culpabilité et une réponse affirmative sur l'état de démence? La Cour de cassation estime que le jury a voulu seulement déclarer, dans ce cas, « qu'il était matériellement établi que l'accusé était l'auteur de l'action qui avait donné lieu aux poursuites; mais qu'il n'y avait apporté que la volonté d'un homme en démence, volonté *quasi-animale*, qui, d'après le vœu de l'article 64, et d'après les plus simples lumières de la raison, est évidemment hors de toute culpabilité légale ». Cass., 4 janvier 1817 (S. 17.1.268). Cet arrêt nous paraît justement rendu :

ne peut être condamné à aucune peine, pas même à une

aliénés ordinaires. *a*) Au premier point de vue, l'étude du droit comparé donne l'exemple des solutions les plus diverses : 1° Il y a des États où la décision d'internement et celle de mise en liberté des aliénés criminels sont du ressort exclusif de l'autorité administrative. Il en est aussi en Allemagne, en Autriche-Hongrie, en Suède, en France. 2° Dans d'autres États, l'internement doit être ordonné par l'autorité judiciaire, la sortie, par l'autorité administrative. C'est le régime de la Belgique, du Danemark, de la Hollande, de l'Italie. 3° Enfin, dans certains pays, comme l'Angleterre et l'Irlande, la Russie et l'Espagne, l'internement et la mise en liberté sont exclusivement prononcés par l'autorité judiciaire. *b*) Faut-il introduire, dans la législation des aliénés, une catégorie nouvelle pour les aliénés dits criminels? Nous venons de dire qu'en France, soit le Code pénal soit la loi du 30 juin 1838 ne se sont pas occupés, d'une manière spéciale, des aliénés qui commettent des délits. Les articles 18 et suiv. de la loi de 1838 les comprennent dans la catégorie des aliénés dangereux et permettent aux préfets, sans leur en faire une obligation, sans enquête et sans certificat de médecin, d'ordonner, d'office, leur *placement* dans l'établissement public d'aliénés du département. Le préfet reste également maître de les en faire sortir quand bon lui semblera. Si le médecin de l'asile constate que cet aliéné ne manifeste plus de signe de folie et paraît guéri, après un certain temps d'observation, il doit être remis en liberté. C'est la loi actuelle. Les autorités chargées de l'appliquer se sont trouvées dans la nécessité de la modifier vis-à-vis des aliénés criminels. Un certain nombre de mesures sont ordinairement prises. D'abord, le placement d'office qui suit toute ordonnance de non-lieu ou tout acquittement pour cause de folie; puis le maintien, dans l'asile, même en cas de guérison. Depuis 1876, on affecte aux aliénés dits criminels un quartier spécial d'abord dans la maison centrale de Gaillon, puis dans la prison de la Santé à Paris; enfin, pour les femmes, à la maison centrale de Montpellier. Mais ce sont là des palliatifs extra-légaux. Il y a, en effet, dans notre législation, une lacune à combler. Un certain nombre de criminels sont des aliénés. Le crime a été commis dans la période d'incubation de la folie; ou bien le crime marque la période où la tendance à l'insanité est devenue l'insanité elle-même. Sur les aliénés dits criminels, comp. les discussions qui ont eu lieu à la société générale des prisons (*Bull.*, 1880, p. 841 et suiv.), à propos du projet de loi portant révision de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés (*Journ. off.*, *Docum. parl.*, *Sénat. Annexe*, n° 37, 1883). Ce projet propose la création d'asiles spéciaux destinés à recevoir les aliénés dits criminels (art. 32 et 33). Il a été voté par le Sénat, le 11 mai 1887. Depuis, il sommeille dans les cartons de la Chambre. Comp. *Bull. société des prisons*, 1878, p. 570, 759, 949 et 950; 1879, p. 189 et 882; 1881, p. 113, 217, 353; 1883, p. 349; *Rev. pénit.*, 1897, p. 765 à 795. — Le projet de révision du Code pénal, préparé par la commission,

amende en matière de contravention aux lois fiscales[11]. *d*) Il ne peut être condamné aux frais du procès pénal, car la poursuite ne devait pas avoir lieu.

254. Sur la question de savoir quand il y a démence, on peut classer les législations européennes de la manière suivante : 1° Dans les législations les plus récentes, prévaut un système qui consiste à éviter toute dénomination des maladies qui excluent la responsabilité, en exprimant, dans une formule générale, que l'état d'altération ou d'infirmité des facultés mentales est une cause de non-culpabilité[12]. 2° Dans le droit an-

propose un certain nombre de mesures, dont l'économie se trouve dans l'article 55 : « Lorsqu'un individu inculpé d'un fait qualifié crime aura été acquitté pour cause de démence, la cour pourra ordonner qu'il soit placé dans un établissement d'aliénés. ... . — Si l'inculpé a été l'objet d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu, le placement pourra être ordonné par le tribunal civil à la requête du ministère public. La sortie de l'asile ne pourra être autorisée que par un jugement du tribunal civil rendu sur l'avis du médecin ». En Italie, le Code pénal de 1889 dispose, dans l'article 46, § 2, en cas de relaxe pour infirmité mentale : « Le juge, néanmoins, s'il voit des dangers à l'élargissement du prévenu absous, ordonne qu'il soit remis à l'autorité compétente en vue des mesures légales ». — V. E. Bertrand, *Études sur les diverses législations relatives aux aliénés* (Paris, 1872). Comp. Victor du Bled, *Les aliénés à l'étranger et en France* (*Rev. des Deux-Mondes*, 1886, t. VI, p. 155). En Angleterre, la plupart des accusés qui échappent à une pénalité légale, par suite d'un verdict du jury les déclarant acquittés pour cause de folie, sont internés, sur l'ordre de la Cour devant laquelle ils ont comparu, dans deux asiles spéciaux, l'asile de Broadmoor, pour l'Angleterre ; un quartier de la prison de Perth, pour l'Écosse. La sortie de ces aliénés, en cas de guérison, est soumise à des règles particulières. Voy. *Lunacy Acts*, 1800, 1840, 1845, 1860, 1865, 1883 ; en dernier lieu, 14 août 1884. Cfr. Ach. Foville, *Les aliénés. Étude pratique sur la législation et l'assistance qui*

glais, au contraire, certaines règles ont été tracées par les magistrats pour déterminer en quoi consiste la démence et quand il y a démence[13]. 3° Dans d'autres législations enfin, l'état d'altération des facultés mentales, excluant l'imputabilité, est caractérisé par une expression scientifique, l'expression « démence », ou toute autre analogue, mais sans que le législateur ait cru devoir définir cette expression. C'est ce système intermédiaire qui est suivi par le Code pénal français[14].

§ 25, p. 144. Formule analogue dans le Code pénal de Zurich, § 44; dans le Code pénal de Hongrie, § 76. Le C. p. hollandais s'exprime ainsi dans l'art. 37 : « *Quiconque commet un fait qui ne peut lui être imputé à cause du développement incomplet ou du trouble maladif de son intelligence n'est pas punissable* ». Cette formule est assez heureuse en ce qu'elle distingue les deux cadres principaux dans lesquels peut rentrer l'altération des facultés mentales : développement incomplet; folie proprement dite. Mais ce Code n'insiste pas davantage sur cette classification. L'article 35 du projet de Code pénal russe est ainsi conçu : « N'est pas imputable le fait commis par un individu qui, soit par insuffisance de ses facultés intellectuelles, soit par dérangement maladif de l'activité de son âme, soit dans un état d'inconscience, ne pouvait, au temps de l'action, comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait ou diriger ses actions... ». Trois causes d'irresponsabilité sont donc prévues par ce texte : le développement incomplet; la folie proprement dite; l'état d'inconscience. L'avant-projet du Code pénal fédéral suisse, qui a reçu l'approbation des aliénistes les plus compétents de la confédération helvétique, dispose : « N'est pas punissable quiconque, au moment de l'infraction, était dans un état d'aliénation mentale, d'idiotie ou d'inconscience... ». L'article 46 du Code pénal italien s'exprime ainsi : « N'est pas punissable celui qui, dans le moment où il a commis le fait, était dans un état d'infirmité mentale de nature à lui enlever la conscience ou la liberté de ses actes ». Voy. la note, sous cet article, dans la traduction de Lacointa.

[13] Sur le droit pénal anglais en matière de démence : Babinet (*Bull. de la soc. de légis. comp.*, 1879, p. 20); Maudsley, *Le crime et la folie* trad. franç.), 4e éd., p. 84, dans le chapitre intitulé : *La loi et la folie*; Wood Benton, *Le droit anglais en matière d'aliénation mentale* (*Rev. de droit intern. et de légis. comp.*, 1890, p. 473).

[14] Code pénal belge, art. 71 : « *Il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait* ». Le Code pénal belge a donc simplement modifié la rédaction du Code pénal français, de manière à rendre l'application du texte plus compréhensive, et à lui donner la forme d'un principe général applicable à toute infraction.

L'expression *démence* désigne, dans son sens étymologique (*a mentia*), l'absence de raison, l'inconscience, l'incapacité de diriger ses actes, d'en prévoir les conséquences. Ce mot démence a, en aliénation mentale, un sens étroit, comme d'ailleurs ceux de *folie* et de *délire*. Seule, l'expression d'*aliénation mentale* convient à tous les cas. Pourquoi n'a-t-elle pas été employée par le législateur? D'une part, c'est qu'elle n'était pas très usitée en 1810; d'autre part, la loi a bien voulu marquer, par l'expression même dont elle se servait, qu'elle liait l'irresponsabilité à un trouble de l'intelligence (*mens*), qui, pour les législateurs comme pour les médecins de l'époque, était alors l'unique signe de la folie. On ne songeait pas alors aux troubles de la volonté, à la folie morale, à la folie lucide, à la folie raisonnante. On était porté à juger encore, en cette matière, sur l'apparence et à n'admettre l'existence de la folie que lorsque des paroles ou des actes déraisonnables rendent l'aberration de l'esprit manifeste. Aujourd'hui, l'aliéniste affirme, au contraire, que la folie n'implique pas nécessairement la ruine complète de l'intelligence, mais qu'on peut être aliéné tout en tenant des propos sensés et paraissant raisonner d'après les règles ordinaires de la logique. Les doctrines médicales nouvelles, qui permettent d'étudier « la raison dans la folie[15] », n'étaient pas encore à la mode en 1810. Quoi qu'il en soit, en employant l'expression « démence », le Code pénal n'a pas eu la prétention de définir l'état auquel elle correspond; il n'a pas essayé d'établir un *critère juridique* permettant au magistrat de décider quand il y a démence. A-t-il entendu, néanmoins, comprendre, sous cette expression, tous les états quelconques d'infirmité mentale, de na-

principe posé par l'article 901, C. civ., en matière de testament; nous pourrions le traduire ainsi : « *Pour être coupable d'une infraction, il faut être sain d'esprit* ». Mais, pas plus dans l'article 64, C. p. que dans l'article 901, C. civ., le législateur n'aurait déterminé les faits qui constituent la *démence* ou l'*insanité*. Il se serait servi d'un mot très vague, afin que ce mot pût embrasser toutes les causes qui privent l'homme de raison[16]. Pourrait être reconnu, par conséquent, en état de démence, dans le sens légal du mot, l'individu en état d'ivresse, de somnambulisme, etc., comme l'individu atteint d'une des formes caractéristiques de l'aliénation mentale.

b) Il y a, dans cette manière de voir, quelque chose d'exact : il est bien certain, en effet, qu'il ne saurait y avoir culpabilité, si l'agent, pour une cause quelconque, s'est trouvé privé de la conscience ou de la liberté de ses actes au moment de l'infraction. Toutes les fois, par conséquent, qu'une juridiction pénale reconnaîtra qu'il existait, chez l'inculpé, au moment du délit, une altération suffisante des facultés mentales pour détruire sa culpabilité, elle devra le renvoyer de la poursuite, quelle qu'en soit la cause. Mais pourra-t-elle toujours motiver, *en droit*, sa décision sur l'article 64? Je ne le crois pas, et c'est en quoi je me sépare de l'opinion exposée. L'expression « démence » n'a certainement pas, en droit criminel, le sens restreint que lui donne le Code civil, dans l'article 489, où elle est opposée « à l'imbécillité » et à la « fureur ». Elle est prise dans une acception générale et vulgaire. Mais laquelle? Les causes perturbatrices des facultés mentales, en dehors bien entendu de la faiblesse de l'âge, peuvent se classer en trois catégories distinctes, à savoir : 1° Lorsque des arrêts de développements et des dégénérescences pathologiques ont affecté le cerveau *avant* l'époque où il doit normalement acquérir sa maturité complète (idiotie, imbécillité, faiblesse d'esprit avec perversion des instincts, folie morale); 2° Lorsque, après cette époque normale de maturité,

[16] Cfr. Blanche, t. II, n° 175; Chauveau et Hélie, t. I, p. 525 ; Dalloz, J. G., v° *Peine*, n° 389. C'est l'opinion qui paraît être admise par la majorité des auteurs.

des causes organo-pathologiques viennent entraver le libre jeu des facultés intellectuelles (folie proprement dite, sous toutes ses formes); 3° Lorsque l'individu adulte est sous le coup de troubles psychiques passagers, provenant d'une altération transitoire des fonctions cérébrales (états de rêve, délire des affections fébriles ou aiguës, ivresse, etc.). Eh bien! ce que le législateur appelle « démence », ce sont les états psychiques qui rentrent dans les deux premières catégories, c'est-à-dire les cas d'absence de raison provenant, soit d'une *organisation cérébrale incomplète,* soit d'une *maladie du cerveau.*

Mais cette expression ne comprendrait pas ces altérations passagères, qui ont pour cause l'ivresse, le somnambulisme, l'hypnotisme, le sommeil, la surdi-mutité. Certainement, les rédacteurs du Code pénal n'ont pu vouloir faire allusion, par l'expression *démence,* à des états physiologiques et psychologiques, qui portent un nom spécial dans la langue pratique, comme dans la langue scientifique. Un jugement qui constaterait, *en fait,* que l'accusé se trouvait en état d'ivresse absolue au temps de l'infraction et qui motiverait, *en droit,* l'acquittement, prononcé à raison de cette circonstance, sur l'article 64, contiendrait donc une fausse application de ce texte. Qu'on n'exagère pas ma pensée. J'admets bien que l'irresponsabilité peut résulter et résultera souvent, non seulement de la démence, c'est-à-dire d'une *maladie du cerveau,* mais de causes de diverses sortes, telles que l'ivresse, le somnambulisme, le surdi-mutisme, etc., qui ont pu produire chez l'agent l'inconscience. Ce que je veux dire, c'est qu'il n'est pas permis aux juridictions d'instruction et aux tribunaux correctionnels ou de simple po-

cas. Pour moi, les divers états physiologiques et psychologiques, où l'on doit admettre un obscurcissement de l'intelligence, un affaiblissement de la volonté, supprimant ou diminuant la responsabilité pénale, rentreront dans l'examen général de la question de culpabilité. La doctrine ne peut poser que des principes : il appartient aux juges, avec le secours et l'expérience des médecins aliénistes, de les appliquer dans chaque espèce.

255. Ceci indiqué, le problème de l'aliénation mentale a un côté philosophique et un côté scientifique. Il s'agit, en effet, de déterminer pour quelle raison l'aliéné ne peut être puni et d'établir à quel signe on reconnaîtra qu'un délinquant est un aliéné.

I. Au premier point de vue, la question se rattache aux bases mêmes de la responsabilité. Pour ceux qui ne voient de délit que dans un acte libre et volontaire, exécuté avec discernement, l'aliéné ne peut être un délinquant, car il lui manque l'une ou l'autre de ces facultés, la conscience ou la liberté. Pour ceux qui fondent la responsabilité pénale sur la responsabilité sociale, la seule mesure qui se conçoive comme réaction contre l'aliéné, est une mesure de défense, distincte de la peine, et ayant simplement pour objet de l'empêcher de nuire. Pour ceux qui conservent la notion de personnalité, en dehors du libre arbitre, la folie enlève la responsabilité, parce qu'elle nous *désassimile* et nous aliène, parce qu'elle nous fait étranger à notre milieu et à nous-même. On voit que si les systèmes diffèrent sur la cause de l'irresponsabilité résultant de la démence, tous sont d'accord pour l'admettre. C'est qu'en effet la société édicte la menace et prononce la peine seulement contre les individus que la répression peut convaincre et arrêter, parce qu'ils jouissent d'un état psychique normal; et lorsque cette condition fait défaut, il est bien certain qu'une répression n'aurait plus de raison d'être.

terdire à une juridiction de déclarer non coupable un individu qui ne jouissait pas de sa raison au jour du délit. Tous les jours, les tribunaux renvoient d'instance des individus qui ne sont certainement pas des déments, à raison de ce qu'ils ont été inconscients de leurs actes.

Les tribunaux, pour rechercher le diagnostic de la démence et son influence sur la responsabilité, ont suivi, pas à pas, les évolutions de la médecine mentale[18].

Au début du siècle, les fous sont parqués, par les aliénistes, en quatre catégories : les *idiots*, chez qui l'intelligence a toujours

[18] Un point, aujourd'hui certain, c'est que la démence est une maladie du corps, de nature organique, et qu'il n'y a pas d'aliénation mentale sans modification physique. Il convient donc, toutes les fois qu'elle sera alléguée, de provoquer une expertise médicale. C'est ce qui se fait en pratique. Mais, nulle part, la loi n'en impose l'obligation : Cass., 30 juillet 1817 (D. J. G., v° *Peine*, n° 393-1°). Cfr. *Des expertises médico-légales en matière d'aliénation mentale*, par MITTERMAIER, professeur à l'Université d'Heidelberg, ouvrage analysé par le Docteur DAGONET (*Annales médico-physiologiques*, mars 1865, 4e série, t. V, p. 201) ; H. COUTAGNE, *Manuel des expertises médicales en matière criminelle* (Storck, 1887), p. 241-263. Les doctrines d'Elias REGNAULT et de TROPLONG (*Traité des donations et des testaments*, t. I, p. 120), sur l'incompétence des médecins en matière d'appréciation de la responsabilité fondée sur l'état mental, ont à peu près passé du domaine de la pratique dans celui de l'histoire. Le fou est un *malade*, dont on détermine le type clinique par les procédés ordinaires de la pathologie, et les éléments sur lesquels la science médicale base le diagnostic d'une maladie cérébrale ne diffèrent pas, en somme, de ceux qu'elle emploie pour déterminer les affections de tout autre organe. On sait, aujourd'hui, que la folie doit être suspectée en dehors des cas où l'incohérence complète des idées, jointe à l'absence d'une cause rationnelle pour expliquer l'acte incriminé, impose *a priori* le diagnostic de la démence. « La *folie silencieuse* a, en effet (COUTAGNE, *op. cit.*, p. 242), en médecine judiciaire, une bien autre importance que la *folie bruyante*, et, dans la majorité des expertises de cette classe, nous avons à rechercher l'origine maladive de faits déduits, avec une logique irréprochable, de conceptions délirantes souvent tenues à l'état latent et sans réaction apparente sur

sommeillé; les *déments* proprement dits, dont l'intelligence est éteinte; les *maniaques;* les *mélancoliques*. A ces quatre formes se borne d'abord le domaine restreint de l'irresponsabilité. Puis, les aliénistes l'agrandissent, en créant une cinquième classe de fous : les *monomanes,* dont le délire est concentré « sur un seul objet ou sur une série d'objets circonscrits ». Mais la doctrine de la *monomanie intellectuelle,* de la *monomanie raisonnante,* de la *monomanie instinctive,* après avoir triomphé avec Esquirol et Georget, est battue en brèche par des observateurs plus récents, qui démontrent que, dans la majorité des cas, pour ne pas dire dans tous les cas, le prétendu délire partiel, loin de s'installer d'emblée dans l'intelligence, n'est que la conséquence et la conclusion d'un état maladif général, dans lequel l'aliéné, assailli d'idées délirantes, fait peu à peu son choix parmi elles et systématise insensiblement son délire, sans toutefois jamais arriver à l'unité.

Quelle que soit, en effet, dans un cas donné, la prédominance apparente d'un système d'anomalie mentale, une analyse rationnelle doit permettre de la rattacher à un ensemble de troubles morbides plus latents, qui ont atteint, avec une intensité plus ou moins grande, le fonctionnement des diverses facultés psychiques. Il faut donc, aujourd'hui, écarter, du domaine de la pathologie mentale, cette conception fausse d'altérations isolées de la volonté, de *monomanies,* caractérisées par une impulsion irrésistible à l'acte dont on est inculpé[19], le libre arbitre n'étant annihilé que par des actes en rapport avec la conception délirante, mais fonctionnant bien pour tous les actes qui se trouveraient en dehors de sa sphère morbide. Les maladies mentales sont toutes des maladies de l'encéphale, pouvant déterminer un trouble complet ou partiel dans les trois importantes fonctions psychiques, de l'intelligence, du caractère, des sentiments, d'où cette distinction d'ordre, souvent faite par les alié-

[19] C'est ainsi que l'impulsion au vol, à l'incendie, à l'exhibition des parties sexuelles, a été caractérisée, comme une forme spéciale de monomanie, sous les noms de *kleptomanie*, de *pyromanie*, de *folie exhibitioniste*. Voy. MOLINIER, *De la monomanie envisagée sous le rapport de l'application de la loi pénale* (*Rev. de légis.*, 1853, p. 253), *id.*, *Traité*, t. II, p. 153 à 157.

nistes, entre la *folie des pensées*, la *folie des actes*, la *folie des sentiments*. Une autre classification, plus médicale, est celle qui est basée sur les causes, c'est-à-dire sur l'étiologie de l'aliénation mentale. A ce point de vue, on distingue : 1° Les *folies héréditaires*, ou *des dégénérés*. Cette classe comprend les degrés les plus divers de déchéance mentale, depuis les *dégénérés supérieurs* jusqu'aux *idiots*. 2° Les *folies liées aux névroses*. Celles qui ont l'*épilepsie* ou l'*hystérie* comme origine occupent, dans cette classe, une place prépondérante. 3° Les *folies liées aux affections idiopathiques des centres nerveux*. Les plus fréquentes, dans ces formes d'aliénation mentale, sont connues sous les noms de *paralysie générale des aliénés*, de *mélancolie* et *lypémanie*. 4° Les *folies sympathiques*, qui sont liées à diverses maladies des organes, non directement affectés aux fonctions psychiques (cœur, poumons, etc.). 5° Les *folies toxiques*, parmi lesquelles rentrent celles qui sont dues aux alcools, à la morphine, etc. 6° La *démence*. Par ce mot qui, en aliénation mentale, a un sens plus spécial que le sens qui lui est attaché par l'article 64 du Code pénal, on désigne l'ensemble des symptômes qui caractérisent la déchéance irrémédiable et définitive des facultés cérébrales[20].

Sous peine de transformer cette étude en un traité de pathologie mentale, il nous est impossible de décrire ni même d'énumérer les divers symptômes que l'aliéniste peut rencontrer dans l'observation de ces maladies. Les troubles les plus constants et les plus accentués, dans la sphère des facultés mentales, sont caractérisés par des *délires*, aux formes variables, dont quelques types sont assez constants et assez fréquents pour être no-

les *hallucinations,* fausses perceptions d'un objet imaginaire.

L'aliénation mentale est de nature à provoquer les infractions les plus variées. Mais il faut reconnaître que certains délits sont plutôt le fait de telle ou telle forme de maladie mentale. L'assassinat correspond, par exemple, aux folies mélancoliques, avec délire de persécution, entretenu par des hallucinations sensuelles. Le meurtre, accompli avec férocité, est souvent la manifestation de l'épilepsie; quelquefois, mais plus rarement, du délire alcoolique. L'outrage public à la pudeur et les attentats sur les enfants sont fréquemment commis par des individus atteints de démence sénile ou de paralysie générale à ses débuts. Les viols sur adultes sont souvent le fait d'individus atteints d'*imbécillité,* forme atténuée de l'idiotie. Les vols simples, particulièrement aux étalages, dans les grands magasins de nouveautés, sont souvent accomplis par des paralytiques généraux, des hystériques ou par cette classe, assez peu précise, de sujets, à équilibre mental instable, que le docteur Lassègue a appelés des *cérébraux.* Quant aux divers attentats contre la propriété, plus compliqués que le vol, tels que le faux, l'escroquerie, ils se rencontrent souvent dans le cours de la vie des dégénérés héréditaires et des hystériques[21].

256. Mais il est certain que le législateur ne s'est occupé que de la démence bien caractérisée, qui entraîne l'inconscience absolue, le défaut total de raisonnement et d'intention. Cette démence fait rentrer le crime dans la catégorie des simples accidents et n'autorise qu'à enfermer le dément ou à le surveiller pour empêcher l'accident de se reproduire. La loi pénale se place donc, soit en face du type absolu de l'homme intelligent et libre, pleinement responsable, soit en face du type absolu de l'homme privé de raison, totalement irresponsable; mais il y a des types intermédiaires et sur les frontières de la raison et de la folie, il existe, suivant les expressions de Maudsley, une « zone neutre ». Or, la loi française ne tient aucun compte du degré dans la décadence de la force mentale. C'est au magistrat qu'il appartient de faire, dans la pratique, une application

[21] Sur tous ces points : Coutagne, *op. cit.,* p. 252 et 253.

258. En résumé, voici les règles qui se dégagent de notre législation positive :

1° La loi pénale admet que la démence, constatée au temps de l'action, exclut *complètement* la responsabilité pénale;

2° Mais elle ne donne pas de définition de la démence, laissant l'appréciation souveraine de la question de savoir si elle existe aux juges du fait, sans que leur décision tombe, à ce point de vue, sous le contrôle de la Cour suprême;

3° La démence embrasse les espèces diverses de maladies que la science médicale comprend sous le nom général d'*aliénation mentale* ou de *folie;*

4° Entre la sanité et l'insanité d'esprit, il n'y a pas, pour le Code, de degrés intermédiaires. C'est au juge qu'il appartient de combler, dans la mesure qui lui est permise, cette lacune de la loi;

5° Enfin, les états, autres que la démence, qui peuvent altérer les facultés mentales, n'ont pas été prévus par la loi et leur influence sur la responsabilité n'a pas été déterminée.

259. *Démence pendant la poursuite ou après la condamnation.* — Si la démence ne survient que postérieurement à l'infraction, elle n'a aucune influence sur l'imputabilité, qui reste entière, puisque l'agent était sain d'esprit « au temps de l'action » : mais pourra-t-on poursuivre l'inculpé, la démence survenant avant ou pendant les poursuites? pourra-t-on exécuter la condamnation, la démence survenant après que la peine a été prononcée? Nous ne trouvons, dans l'article 64, C. p., aucune réponse à ces questions.

a) *L'inculpé*, frappé d'aliénation mentale, ne peut se *défendre* et contredire l'accusation; la poursuite doit donc s'arrêter[25],

intervalle lucide est imputable : Code pénal espagnol de 1870, art. 8; Code pénal portugais de 1886, art. 42.

[25] Cfr. Cass., 13 oct. 1853 (D. 53.5.204). Cet arrêt décide que l'état de démence d'un prévenu, alors qu'il n'existait pas lors de la perpétration des faits poursuivis, n'est pas une cause suffisante pour mettre obstacle à la mise en accusation de ce prévenu, si la chambre d'accusation déclare que cet état de démence n'est pas tel qu'il soit de nature à paralyser la défense de l'accusé. V. également : Cass., 25 janv. 1839 (D. J. G., v° *Aliéné*, n° 263); 23 déc. 1859 (*Journ. du Pal.*, 1860, 298). Cfr. Chauveau et Hélie, t. I, n° 296; Le Sellyer, *De la criminalité*, t. I, n° 58; Molinier, *Traité*, t. II, p. 141.

à quelque degré qu'elle soit parvenue. La folie, survenue après la déclaration d'appel ou de pourvoi, suspendrait, sans aucun doute, le jugement à rendre par la cour d'appel ou la Cour de cassation. Mais j'irai même plus loin : l'accusé a été frappé d'aliénation mentale au moment où il entendait la lecture de l'arrêt de la cour d'assises le condamnant à la peine de mort : cet arrêt n'est pas définitif, puisque le condamné a trois jours pour se pourvoir : étant fou, il ne songe pas à profiter de cette dernière et suprême ressource : le délai du pourvoi sera suspendu à son profit, tant qu'il n'aura pas recouvré la raison.

b) La démence survient après la *condamnation devenue irrévocable* : peut-on appliquer au *condamné,* en état d'aliénation mentale, la peine prononcée contre lui? Il est deux catégories de condamnations à propos desquelles aucune difficulté ne s'élève. — La condamnation à la peine de mort ne sera pas exécutée avant que le condamné ait recouvré la raison. La peine n'a pas été seulement prononcée pour l'exemple des autres, mais pour l'expiation du condamné[26]. Or, ne serait-il pas odieux et absurde de faire monter sur l'échafaud un insensé, en expiation d'un crime dont il n'aurait plus conscience? — Si la peine prononcée est une peine pécuniaire, une amende, une confiscation, la démence du condamné ne fera pas obstacle à son exécution. L'amende et la confiscation, dès qu'elles sont prononcées, perdent, à certains points de vue, leur caractère pénal : elles deviennent des dettes, grevant le patrimoine et peuvent être exécutées sur le patrimoine, en quelque main qu'il ait passé et quelle que soit la condition du débiteur. Mais si l'insensé était insolvable, pourrait-on employer la contrainte par corps contre lui? Nous ne le pensons pas; la contrainte par corps joue un double rôle en matière pénale; elle est tout à la fois une *peine* et une *épreuve de*

[26] Les anciens criminalistes n'étaient pas d'accord sur ce point. « A l'égard de celui qui, depuis la condamnation, est absolument tombé en démence, dit Rousseau de Lacombe (*Matières criminelles*, p. 82), Julius Clarus estime qu'en ce cas, il ne doit pas être exécuté à mort, mais seulement que la confiscation doit avoir lieu; ce qui ne serait pas suivi parmi nous, l'exécution du condamné ayant l'*exemple* pour principe ».

solvabilité : or, ni à titre de peine, ni à titre d'épreuve de solvabilité, on ne la conçoit employée contre un insensé, puisque cet insensé ne sait plus ce qu'il possède et ne peut comprendre pourquoi on le punit.

Si la condamnation est d'une peine privative de liberté, l'emprisonnement, la réclusion, les travaux forcés, elle ne peut certainement être exécutée contre un aliéné, telle qu'elle a été prononcée : on n'écroue pas un fou dans une maison centrale, on ne l'embarque pas pour la Nouvelle-Calédonie ou la Guyane : on l'enferme dans un hospice d'aliénés. Mais cette détention dans un hospice, détention qui est une mesure de *précaution* et non une mesure *pénale*, comptera-t-elle dans la durée de la peine? Je le crois, malgré l'avis contraire de la plupart des auteurs : est-ce que le temps, passé par un condamné malade à l'infirmerie, ne compte pas dans le calcul de la durée de la peine[27]? Pourquoi n'en serait-il pas de même du temps passé par un fou dans l'asile? On objecte que l'homme ne peut être châtié que s'il comprend le châtiment qu'on lui inflige et que la peine est, avant tout, expiatrice; nous sommes d'accord sur ce point : mais, la condamnation étant devenue irrévocable, la peine s'*exécutait;* la maladie est survenue : pourquoi arrêterait-elle cette exécution dans un cas, alors qu'elle ne l'arrête pas dans l'autre[28]?

[27] Le temps passé par un condamné dans un hospice ne s'impute sur la durée de la peine, d'après la pratique de la chancellerie, que lorsque le dépôt dans l'hospice a eu lieu conformément aux articles 15 et 16 de la loi du 4 vendémiaire an VI, relative à l'exécution des peines par les condamnés

XL. — DE L'INFLUENCE SUR LA RESPONSABILITÉ D'UN TROUBLE MOMENTANÉ DES FACULTÉS MENTALES

260. Observation générale. — **261.** Fièvres. Épilepsie. Hystérie. — **262.** Période menstruelle. Période de grossesse. — **263.** Surdi-mutité. — **264.** Sommeil. Songes. Somnambulisme. — **265.** Hypnotisme. Suggestion. — **266.** Ivresse, alcoolisme. — **267.** Passions, colère, haine, amour, jalousie, cupidité, etc.

260. L'altération des facultés intellectuelles peut provenir de certaines causes qu'il est difficile de faire rentrer dans la démence, alors même que l'on donnerait à cette expression le sens le plus large, tel est le cas, pour le délire qui se manifeste dans certaines maladies aiguës ou chroniques, pour la grossesse, la surdi-mutité, l'ivresse, le somnambulisme et l'hypnotisme, etc. Le législateur français a négligé de régler ces situations. Il ne l'a pas fait *expressément,* puisqu'aucun texte ne s'en occupe; il ne l'a pas fait *implicitement,* puisqu'il ne peut être permis d'étendre la disposition sur la démence à ces troubles des facultés mentales. Cela ne signifie certes pas que le juge ne puisse ou ne doive en tenir compte. Le problème de la *culpabilité*, qui lui est soumis, sous ses divers aspects, dans tout procès pénal, l'oblige à examiner, en fait, toutes les circonstances qui excluent ou diminuent la culpabilité, soit pour écarter la répression, soit pour modérer la peine. Les pouvoirs généraux du juge suffisent donc, sans qu'il soit besoin de dispositions spéciales, qui seraient plus dangereuses qu'utiles. En cette matière, la loi doit s'en rapporter aux tribunaux, qui ne négligeront pas le secours de la médecine judiciaire, à laquelle il appartiendra de dire sur quelles facultés le trouble ou l'altération constaté exerce son influence et quelle peut être la conséquence de tel phénomène au point de vue de la responsabilité.

261. Certaines maladies aiguës, telles que la méningite, la fièvre typhoïde, etc., et quelques maladies chroniques, telles que l'épilepsie et l'hystérie, déterminent des crises de délire pendant lesquelles tout discernement disparaît et, avec lui, toute responsabilité.

C'est surtout à propos de l'hystérie que la question de responsabilité pénale a dû être examinée par les tribunaux. On sait que l'hystérie est un manque d'équilibre dans le système nerveux déterminant une altération de la volonté. Les hystériques sont fréquemment inculpés de meurtres passionnels, de vols à l'étalage, surtout dans les grands magasins, de dénonciations calomnieuses, etc. Quelle est leur responsabilité dans ces actes? Legrand du Saule, qui a étudié ce sujet d'une manière spéciale[1], distingue quatre degrés dans cette affection, qui peut s'étendre, depuis le simple nervosisme, jusqu'à la folie proprement dite. 1° En cas de simple nervosisme, se traduisant par des bizarreries de caractère, la responsabilité reste entière; 2° Au second degré, l'hystérie se manifeste par un besoin de faire parler de soi, amenant des simulations, des inventions, des dénonciations calomnieuses; dans ce cas encore, la responsabilité est complète, et le grand danger, pour les magistrats, c'est de se laisser prendre à des récits mensongers qui peuvent nuire aux tiers; 3° En cas d'hystérie grave, la volonté est opprimée, car le système nerveux est détraqué, déséquilibré; le malade obéit, souvent, à des impulsions difficiles à réprimer : dans ce cas, la responsabilité peut être atténuée; 4° Enfin, au quatrième degré, c'est la folie hystérique, qui se manifeste par des signes physiologiques et pathologiques aujourd'hui connus : anesthésie générale ou partielle, zones d'hyperesthésie, douleurs ovariennes, spasmes des voies aériennes et digestives, contraction des membres, paralysies, léthargie et somnambulisme, convulsions et attaques. Les diverses phases de la grande crise hystérique rappellent les phénomènes de démonomanie et

rement étudiée dans ses rapports avec la criminalité[2]. Au point de vue spécial où nous nous plaçons, l'irresponsabilité de l'épileptique, qui commet un délit pendant une crise, est incontestable. Même en dehors de cette période, la plupart des épileptiques présentent des troubles tels, dans le jeu de leurs facultés, que si leur responsabilité peut être admise, on doit, dans tous les cas, avant de l'admettre, analyser minutieusement les situations qui se présentent. Ce serait une doctrine dangereuse, en effet, que d'apporter, dans cette question, une opinion, formulée d'avance, sur la culpabilité ou la non-culpabilité des épileptiques. Quelques physiologistes ont singulièrement étendu le domaine de l'épilepsie, car, s'il fallait les croire, les plus grands hommes de l'antiquité et des temps modernes auraient été des épileptiques, de sorte que le génie ne serait qu'une névrose. De pareilles théories, qui se réclament d'une science hypothétique, relèvent elles-mêmes de l'aliénation mentale[3].

262. De graves problèmes de responsabilité se posent, relativement à la femme, soit dans la période menstruelle[4], soit pendant la grossesse[5]. Ces états agissent certainement sur les facultés de la femme, et, sans troubler sa raison, excitent, en elle, des désirs, des envies parfois invincibles. La responsabilité pourra être atténuée, et même disparaître; mais il est impossible de donner des solutions absolues. Je constate que les médecins légistes acceptent difficilement cette prétendue cause d'irresponsabilité; et la défiance de la simulation, dans ce cas, devra être la première règle de la pratique judiciaire.

263. La *surdi-mutité* n'est point, *par elle-même,* exclusive, chez celui qui en est atteint, de l'intelligence du bien et du mal :

[2] Pichon, *De l'épilepsie*, Paris, 1885; Collineau, *L'épileptique*, Paris, 1886; *id.*, *L'état mental des épileptiques*, Paris, 1886; Legrand du Saule, *Étude médico-légale sur les épileptiques*, Paris, 1877. Voy. Lombroso, *L'homme de génie*, 2e éd. franç., Paris, 1896.

[3] Voy. les observations présentées dans les Congrès d'anthropologie criminelle de Rome (*Actes*, p. 146, 147, 228, 238, 502) et de Paris (*Actes*, p. 196, 229, 232, 234, 235, 236). Comp. Alimena, *op. cit.*, t. II, p. 27 à 36.

[4] Icard, *La femme durant la période menstruelle*, Paris, 1889.

[5] Marcé, *De la folie des femmes enceintes*, Paris, 1888.

par conséquent, elle n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale. Cela résulte même des précautions prises par la loi, en faveur des sourds-muets, pour entendre leurs explications quand ils sont *accusés* (C. instr. cr., art. 332 et 333)[6]. Il faut reconnaître cependant que, chez la plupart des sourds-muets, le développement des facultés mentales est, en général, incomplet. Cette infirmité les prive, en effet, des deux principaux moyens par lesquels s'acquièrent et se communiquent les connaissances humaines[7]. Il est donc du devoir du juge de prendre cet état

[6] Ces dispositions ont leur origine dans l'ordonnance de 1670 (tit. XVIII). Les Codes des 25 septembre, 6 octobre 1791 et du 3 brumaire an IV ne s'occupent pas des sourds-muets. Mais le décret, en forme d'instruction, du 29 septembre 1791, disait, expliquant ce silence : « Quant aux muets naturels, l'assistance de leurs amis et conseils lèvera toute la difficulté à leur égard. Cette assistance aura lieu pour eux dans toutes les parties de la procédure. La loi n'a pas de disposition à cet égard, parce qu'elle laisse à la prudence et à la conscience des juges l'emploi de tous les moyens propres à mettre la vérité dans son jour ».

[7] Le problème de l'imputabilité des sourds-muets en présuppose deux autres : un problème physiopathologique et un problème physiologique. Quels rapports y a-t-il entre le mutisme et la surdité? Quels rapports y a-t-il entre le langage et le développement psychique? Au premier point de vue, on sait, aujourd'hui, que le mutisme n'est que la conséquence de la surdité, de sorte que certains physiologistes ont proposé de substituer, à l'expression « sourds-muets », celle de « muets par surdité », pour désigner cette catégorie d'infirmes. On arrive, en effet, aujourd'hui, à apprendre aux sourds-muets le langage articulé. Au second point de vue, sans affirmer, comme l'a fait Max Muller, que le langage et la raison soient absolument inséparables, et sans énoncer ce prétendu axiome : « il n'y a pas de langage sans raison, il n'y a pas de raison sans langage », il est bien certain que la communication des idées est le seul moyen qui permette de développer le sens moral comme le sens juridique chez l'homme. Aussi, les spécialistes qui ont écrit sur les sourds-muets, tout en admettant leur *éducabilité*, sont d'accord pour reconnaître leur infirmité mentale, qui est plus ou moins grande suivant qu'il s'agit de sourds-muets de naissance ou d'accident, de sujets abandonnés à eux-mêmes ou de sujets sur lesquels on a essayé une éducation approfondie. Comp. HOFFENBAUER, *Médecine légale relative aux aliénés et aux sourds-muets*, Paris, 1825 ; LANNOY, *La surdi-mutité et les sourds-muets devant la loi* (*Arch. de l'anthr.*, 1889, p. 440); COLLINEAU, *Le sourd-muet* (*Arch.*, 1892, p. 1 à 17); BONNAFONT, *Responsabilité des sourds-muets*, Paris, 1879. Voy. MOLINIER, *Traité*, t. II, p. 131.

en considération, soit pour exclure, soit pour diminuer la culpabilité.

Mais faut-il qu'une législation pénale protège le sourd-muet par une présomption d'irresponsabilité, analogue à celle qui protège le mineur lui-même[8]? C'est ce qui a été fait par quelques Codes étrangers[9]. Mais entrer dans cette voie, c'est être conduit, par la logique même des choses, à étendre ce système à beaucoup d'*infirmités physiques* qui ont souvent pour résultat d'enlever à un individu la possession complète de ses facultés mentales, par exemple à la cécité de naissance, au rachitisme, etc. Il vaut mieux, je crois, ou bien adopter le système du Code pénal allemand[10] et du Code pénal hongrois[11], c'est-à-dire ordonner au juge de rechercher, avant de condamner le sourd-muet, s'il a l'intelligence nécessaire pour comprendre le crime

[8] Ce système est conseillé par Ortolan, t. I, n° 327; par Chauveau et Hélie, t. I, n° 327.

[9] Code pénal belge, art. 76 : « *Lorsqu'un sourd-muet, âgé de plus de seize ans accomplis, aura commis un crime ou un délit, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté. Il pourra être placé dans un établissement déterminé par la loi, pour y être détenu et instruit pendant un nombre d'années qui n'excédera pas cinq ans* ». Le Code pénal italien de 1889 contient des dispositions plus précises encore. Article 57 : « Il n'est pas procédé contre le sourd-muet qui, au moment où il a commis le fait, n'avait pas accompli quatorze ans, mais il peut lui être fait application des dispositions contenues dans l'article 53, avec faculté d'ordonner qu'il demeure dans l'institut d'éducation et de correction jusqu'à l'âge de vingt-quatre ans ». Ainsi, jusqu'à quatorze ans, période d'irresponsabilité; quand le sourd-muet a dépassé cet âge, sa situation donne lieu à la recherche du point de savoir s'il a agi avec discernement, et, quand le discernement est reconnu, le sourd-muet est imputable, mais il est l'objet d'une répression atténuée (art. 58). Comp. Alimena, *op. cit.*, t. II, p. 195. Dans ces législations, c'est le discernement qui est le critère de la responsabilité, pour le sourd-muet comme pour le mineur. Le Code pénal italien du 20 novembre 1859 (art. 92 et 93) assimilait au mineur, seulement le sourd-muet qui ne savait ni lire ni écrire. Même système dans les Codes de quelques cantons de la Suisse (Valais, Tessin).

[10] C. p. allemand, § 58 : « *Le sourd-muet, dépourvu de l'intelligence nécessaire pour comprendre la criminalité de l'acte par lui commis, devra être acquitté* ».

[11] C. p. hongrois, § 88.

qui lui est reproché, ou bien, imitant en cela le silence du Code pénal français et du Code pénal hollandais, laisser ce cas, comme tous ceux où la responsabilité peut être supprimée ou atténuée, sous l'empire du droit commun[12]. Mais il serait désirable, quel que soit le système adopté[13], que tout débat, concernant l'imputation criminelle des sourds-muets, soit précédé d'un rapport médical.

264. Le sommeil est la suspension des fonctions de la vie de relation; mais la vie intellectuelle persiste; l'homme endormi pense, puisqu'il rêve. Quelle est donc, au point de vue psychologique, la différence essentielle entre l'état de veille et l'état de sommeil? C'est que, dans le sommeil, l'homme n'a pas la direction, la maîtrise de sa pensée. « Que manque-t-il à l'activité si « multiple du sommeil pour être une veille véritable, dit un « philosophe[14]? Il y manque la liberté. Dans l'âme de l'homme « endormi, tout vit, tout marche; rien n'est librement conduit. « Le pouvoir directeur ne s'exerce plus. Tous les psychologues « ont constaté cette défaillance nocturne de la liberté. C'est dans « les rapports de l'âme avec le corps, qu'on en peut le mieux « saisir la raison. Être libre, c'est pouvoir choisir entre ses

[12] La Cour de cassation, dans un arrêt ancien du 25 juin 1827, rapporté par BLANCHE, *op. cit.*, t. II, nº 242, paraît refuser à la défense le droit de chercher, dans la surdi-mutité, la preuve de la non-culpabilité de l'accusé. Il y a là, évidemment, une erreur. La question qui se pose dans tout procès pénal est de savoir si l'accusé est coupable : interdire de démontrer que l'inculpé, pour une cause quelconque, n'avait pas sa raison au moment de l'action, c'est interdire de démontrer qu'il n'est pas coupable. De ce que la loi n'a pas parlé de la surdi-mutité, il ne s'ensuit pas que le juge n'ait pas à

« idées, accepter les vraies ou les fausses, c'est encore et essen-
« tiellement choisir plusieurs motifs d'action, s'arrêter, par exem-
« ple, au motif honnête et repousser le motif égoïste. Toutefois,
« les organes qui ont pris le dessus, ne laissent au dormeur ni
« l'un ni l'autre choix. Voilà pourquoi les actions accomplies en
« rêve n'ont aucun caractère moral. Nul homme de sens ne
« voudrait punir un crime commis en songe ».

Au point de vue des questions de responsabilité pénale, le sommeil se présente sous deux aspects.

Il est des cas où le sommeil lui-même est délictueux, parce qu'il y avait, pour l'agent, à raison de sa condition ou des circonstances, obligation légale de veiller. C'est ainsi que le Code de justice militaire pour l'armée de terre (art. 122) punit, de peines correctionnelles, le militaire qui, étant en faction ou en vedette, est trouvé endormi, et que les articles 282 et 283 du Code de justice militaire pour l'armée de mer punissent également le chef de quart coupable de s'être livré au sommeil pendant son quart et le marin en faction trouvé endormi. De même, le roulier, charretier, conducteur de voitures, qui, contrevenant à l'obligation de se tenir constamment à portée des chevaux ou bêtes de trait (D. 10 août 1852, art. 14), est trouvé endormi, est passible de six à dix francs d'amende (C. p., art. 475, § 3).

Dans d'autres cas, le fait de s'être endormi ou de n'avoir pas pris certaines précautions avant de s'endormir, constitue une *faute* qui rend le dormeur responsable des suites du sommeil, lorsque cet état a été l'occasion d'actes dommageables ou délictueux. C'est ainsi que le voiturier qui s'endort est responsable des accidents causés par sa négligence, si sa voiture écrase quelqu'un. De même pour la mère ou la nourrice qui place un enfant dans son lit et l'étouffe pendant le sommeil. Dans le premier cas, la faute du voiturier consiste, à s'être endormi, alors qu'il devait rester éveillé; dans le second, la faute de la mère ou de la nourrice consiste à n'avoir pris, à l'état de veille, aucune des précautions nécessaires, pour éviter l'accident, et d'avoir ainsi manqué de prévoyance.

Les songes et les rêves sont des états purement cérébraux, analogues aux hallucinations et aux crises de délire. Il est donc

[illegible] avant d'assimiler l'état de rêve à l'état de folie : [illegible] *[illegible]*. L'individu qui rêve est un hallu- [illegible] des paroles qu'on ne profère point ; il voit des [illegible], des êtres qui ne sont pas : son irresponsa- [illegible] est donc absolue[15].

[illegible] de même pour les *actes* accomplis en état de [illegible] ? Ce qui caractérise en effet cet état, c'est [illegible] fonctions de la vie, qui s'exercent à l'état de veille, [illegible] pendant le sommeil[16]. Endormi, le somnambule agit [illegible] il met son rêve en action. Aussi des actes délic- [illegible] sont parfois accomplis par un somnambule, par exemple [illegible], un vol. Les auteurs, qui ont décrit scientifique- [illegible] les phénomènes de somnambulisme, donnent de nombreux [illegible] de crimes exécutés dans ces circonstances[17]. Mais [illegible] qui, en état de somnambulisme *spontané*, commet [illegible] criminel, ne doit pas en être déclaré responsable, [illegible], dans cet état, la conscience des actes paraît abolie. [illegible] puisse comparer l'état intellectuel du somnambule à [illegible] du dormeur, qui intervient, dans certains rêves, d'une [illegible] active et fait preuve de jugement, de sens critique, quel- [illegible] même d'esprit et de volonté, je le veux bien ; mais cela [illegible] pas pour engager la responsabilité, car le fou, lui aussi, [illegible] sa conception délirante et manifeste une activité et [illegible] personnalité parfois remarquables. La vérité est que, chez [illegible] somnambule, comme chez l'aliéné, manque cette pleine pos- [illegible] de la volonté, qui s'appelle la conscience[18]. En fait, le [illegible] criminel se trouve donc dans les mêmes conditions [illegible] l'aliéné criminel ou que l'enfant inconscient et doit lui être

assimilé[19]. *Insanis, infantibus, itemque dormientibus, nihil quod faciant, vel bonum, vel malum, imputantur,* disait saint Bernard. Il n'y a pas à rechercher si le somnambule a ou non réalisé, dans son sommeil, un plan arrêté à l'état de veille, car il faudrait, pour admettre sa responsabilité, démontrer le concours simultané et non successif de l'acte avec la volonté et l'intelligence de l'agent. Seulement, dans le cas où, connaissant son état et les conséquences dommageables pour autrui qu'il était de nature à produire, l'agent n'aurait pris aucune des précautions nécessaires, il pourrait être déclaré coupable d'une imprudence, résultant d'un défaut de précaution ou de prévoyance. Si donc le fait qu'il a accompli en état de sommeil est un de ceux pour lesquels la loi punit la simple négligence, tels que l'homicide, les coups et blessures, l'agent sera déclaré *pénalement* comme *civilement* responsable, à la charge d'établir qu'il a commis, en état de veille, une faute initiale, consistant dans un défaut de précaution ou de prévoyance[20].

courtisans dont le crime était d'avoir rêvé qu'il serait empereur : « Si tu ne l'avais pas pensé pendant la veille, tu ne l'aurais pas rêvé pendant le sommeil ». On rêve, en effet, le plus souvent des choses qui préoccupent habituellement l'esprit, et il est reconnu que les actes des somnambules se rapportent presque toujours à leurs occupations journalières. — Mais cette opinion n'a qu'un intérêt historique, et tous les auteurs, qui ont écrit depuis sur ce sujet, ne la rappellent qu'à titre d'exemple des erreurs dans lesquelles peuvent tomber les meilleurs esprits. Comp. Gilles de la Tourette, *L'hypnotisme et les états analogues au point de vue médico-légal*, p. 188.

[19] L'irresponsabilité des somnambules est admise, depuis longtemps, devant les tribunaux et, dans les cas fort rares, où la question s'est présentée avec netteté, on n'a jamais hésité à les considérer comme inconscients. V. l'espèce sur laquelle s'est prononcée la Cour de Paris, par arrêt du 26 janvier 1881, rapporté dans le journal *Le Droit*, n° du 27 janvier. Cfr. Mesnet, *Étude médico-légale sur le somnambulisme spontané et le somnambulisme provoqué* (*Archives de l'anthropologie criminelle*, 1887, p. 267 à 282); Ladame, *L'hypnotisme et la médecine légale* (*ib.*, 1887, p. 293 à 335 ; Maury, *Le sommeil et les rêves* (4e éd., 1878), p. 210; Marc, *De la folie considérée dans ses rapports avec les questions médico-judiciaires*, t. II, p. 688.

[20] Muyart de Vouglans faisait, à ce propos, une observation très exacte et donnait une solution qui serait encore vraie aujourd'hui : « Il faut compter, parmi les crimes qui se commettent dans le sommeil, ceux qui ont été précédés d'une faute ou imprudence inexcusable, telle que serait celle des

On a, avec quelque vérité, rapproché du somnambulisme certains états morbides qui se caractérisent par un *dédoublement de la personnalité* [21]. Mais l'individu, qui présente ce dernier phénomène, est un véritable aliéné et doit être traité comme tel. Si, dans un même corps, vivent, pensent et agissent deux indivualités, comment reconnaître celle qui serait responsable? comment frapper et punir l'une pour le fait de l'autre? On a prétendu, il est vrai, au point de vue psycho-physiologique, que le dédoublement de la personnalité se résolvait en un oubli de l'état antérieur, qu'il y avait là une maladie de la mémoire et non de la personnalité. Cette manière de comprendre le phénomène ne saurait modifier la solution. Le manque de souvenir de l'acte s'oppose, dans tous les cas, à la répression. Comment demander compte à l'agent de ce qu'il ne sait pas avoir fait ou de ce qu'il ne sent pas avoir omis?

265. Le somnambulisme peut être *provoqué*. Cette situation, dont on se préoccupe beaucoup à notre époque, appelle quelques observations. On désigne, sous le nom d'*hypnotisme*, un ensemble d'états spéciaux du système nerveux, déterminés par des manœuvres artificielles. Les cliniciens distinguent le *grand* et le *petit hypnotisme*. Dans le petit hypnotisme, on observe seulement la léthargie, une certaine somnolence, de la torpeur, de

pères et mères qui auraient étouffé en dormant leurs enfants qu'ils auraient couchés avec eux ; ce qui s'entend si cet enfant était d'un âge si tendre qu'il y aurait un danger évident à le coucher dans un grand lit ». *Lois criminelles*, p. 29. Sous l'empire de notre législation actuelle, ce fait rentrerait, sans difficulté, sous l'application de l'article 319 du Code pénal, comme nous l'avons déjà dit plus haut.

la pesanteur des paupières; mais le sujet, qui subit, dans une certaine mesure, l'influence de l'hypnotiseur, peut encore se débattre et réagir. Dans le grand hypnotisme, on observe trois états, soit successifs, soit isolés, qui évoluent dans l'ordre suivant, l'état cataleptique, l'état léthargique, l'état somnambulique. L'antagonisme irréductible à ce sujet, de l'école de Paris et de l'école de Nancy, a été bien souvent constaté. Nous le rappelons ici. Pour l'école de Paris[22], il n'y a de véritable hypnotisme que celui qui se développe chez des *hystériques;* cet hypnotisme est une névrose, et, tous ceux chez lesquels on le produit sont des *névropathes;* il se caractérise par les trois états dits classiques qui se montrent dans un ordre nécessaire. Pour l'école de Nancy[23], l'hypnotisme est un fait non pas *pathologique,* mais *physiologique;* ce n'est pas une névrose, mais un *sommeil;* cet état peut être produit chez des sujets parfaitement sains; enfin, c'est la suggestion qui donne la clef de tous ces phénomènes et qui en règle l'évolution.

Quoi qu'il en soit de ces divergences, au point de vue du droit répressif, l'hypnotisme soulève un double problème.

I. La pratique même de ces procédés pouvant donner lieu à certains dangers pour la santé ou la moralité, le législateur a certainement le droit et le devoir de la réglementer. Il ne l'a pas encore fait en France[24]; mais, en Belgique, la loi du 30

[22] Voy. Gilles de la Tourette, *L'hypnotisme et les états analogues au point de vue médico-légal,* Paris, 1887; Charcot, *Sur les divers états nerveux déterminés par l'hypnotisation chez les hystériques* (*Comptes rendus de l'Académie des sciences,* 1882, p. 403); Cuillerre, *Magnétisme et hypnotisme,* Paris, 1887; Bonjean, *L'hypnotisme,* Paris, 1890; Ladame, *La névrose hypnotique,* Paris, 1881; Morselli, *Il magnetismo animale, la fascinazione e gli stati ipnotici,* Turin, 1886.

[23] Bernheim, *De la suggestion dans l'état hypnotique et dans l'état de veille,* Paris, 1884; Liébault, *Du sommeil et des états analogues considérés surtout au point de vue de l'action du moral sur le physique,* Nancy, 1866; Liégeois, *De la suggestion hypnotique dans ses rapports avec le droit civil et le droit criminel,* Paris, 1884; *ib., De la suggestion et du somnambulisme dans leurs rapports avec la jurisprudence et la médecine légale,* Paris, 1889.

[24] Une proposition avait été présentée, dans le sens d'une réglementation, lors de la discussion de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la méde-

mai 1892 punit de peines correctionnelles : 1° quiconque aura donné en spectacle une personne hypnotisée par lui-même ou par autrui; 2° ou aura hypnotisé une personne n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ou n'étant pas saine d'esprit, s'il n'est docteur en médecine ou muni d'une autorisation du gouvernement. A côté de ces interdictions, qui ont le caractère de mesures de police, l'article 3 de la loi belge contient une disposition qui se rattache au problème de la responsabilité [25]. D'après ce texte, « sera puni de la réclusion, quiconque aura, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, fait écrire ou signer, par une personne hypnotisée, un acte ou une pièce énonçant une convention, des dispositions, un engagement, une décharge ou une déclaration. La même peine sera appliquée à celui qui aura fait usage de l'acte ou de la pièce ». Il y a là un genre de faux, *le faux par suggestion hypnotique*, que la loi pénale n'avait pas, en effet, prévu, et que notre législation laisserait impuni s'il se rencontrait dans la réalité.

II. Au point de vue des questions de responsabilité qui se rattachent à l'hypnotisme, il y a lieu d'examiner distinctement les délits dont l'hypnotisé peut être victime et ceux dont il a été lui-même l'exécuteur.

a) Les seuls délits qui puissent être et qui aient été réellement commis pendant le sommeil hypnotique, à l'égard de l'hypnotisé, sont le rapt, le viol, l'attentat à la pudeur. Il s'agit alors de savoir si les manœuvres hypnotiques mettent l'hypnotisé dans l'impossibilité de consentir, et, dans ce cas, s'il faut assimiler l'emploi de ces manœuvres à la violence dont parle l'article 332, § 2 du Code pénal? Nous l'examinerons plus com-

volonté ne paraît pas complètement abolie; l'hypnotisé peut résister, soit à la violence matérielle, soit aux suggestions. Mais quelle est la durée, quelle est l'énergie de cette résistance, quelle conscience reste-t-il au somnambule? C'est ce qu'il est, presque toujours, impossible de mesurer. Le magnétiseur a profité de cet état, il l'a provoqué; c'est-à-dire, qu'il a exercé une *violence morale* pour parvenir à ses fins. Cela suffit-il pour constituer la violence dont parle l'article 332 du Code pénal? La question est ainsi ramenée à une interprétation de texte. Nous la retrouverons sous cet aspect à propos du viol et de l'attentat violent à la pudeur.

b) Pour les délits dont l'hypnotisé est l'auteur ou l'instrument matériel, il y a lieu de distinguer deux situations.

1° La première est celle des délits commis, soit par suggestion *post-hypnotique,* soit par suggestion *intra-hypnotique.*

La *suggestion post-hypnotique* est celle dans laquelle les actes délictueux ont été commandés en état de sommeil provoqué et doivent être exécutés au réveil[26]. Ce serait en réalité la situation la plus inquiétante, la plus périlleuse, car elle se caractériserait par un ensemble de conditions, contre lesquelles se heurterait presque toujours la poursuite : un automatisme absolu, la perpétration de l'acte alors que le sujet est réveillé et l'absence complète de la mémoire de relation au sujet du fait suggéré. Mais, sur ce terrain, nous manquons d'exemples empruntés à la vie réelle et il faut, heureusement, nous contenter de simples expériences de laboratoires. En effet, jusqu'ici, rien ne prouve qu'un malfaiteur puisse profiter de ce phénomène pour faire commettre des actes délictueux, un empoisonnement, un meurtre, un faux témoignage, un incendie, etc. On n'a pu apporter, comme exemples, que des « crimes de laboratoire ».

La *suggestion intra-hypnotique* est celle dans laquelle l'acte criminel est suggéré et exécuté durant le sommeil provoqué. Ici encore, la pratique judiciaire n'a pas offert, en France, tout au moins, d'exemples réels de crimes commis dans cet état.

[26] C'est la suggestion à échéance. Voy. Bernheim, *Les souvenirs latents et les suggestions à longue échéance,* Paris, 1885.

[illegible] ainsi réservée, il nous faut, [illegible] la question de responsabilité qu'il [illegible] individu puisse imposer sa pensée [illegible] position nerveuse détruit la volonté, [illegible], l'hypnotiseur *complice,* dans les [illegible] du Code pénal, quand il fait commettre [illegible] suggestion hypnotique. Ce serait une forme [illegible] provocation « par abus d'autorité ou de pou- [illegible] même du fait punissable n'ayant été que [illegible] des actes délictueux, sa culpabilité ne [illegible] responsabilité. L'auteur principal ne sera pas coupable, [illegible] le poids du délit retombera sur le complice. Il semble, du reste, assez probable, autant du moins que certaines expériences faites pendant le somnambulisme hypnotique permettent de le supposer, que les actes criminels ou délictueux ne sont pas toujours acceptés sans protestations par les somnambules hypnotisés qui peuvent résister aux suggestions et même refuser absolument de les accomplir. Cette constatation, rassurante pour la liberté humaine, nous empêche même de prendre trop au sérieux le moyen d'irresponsabilité basé sur l'hypnotisme. Il s'y mêle presque toujours une dose plus ou moins grande d'exagération ou de simulation [27].

2° Il ne faut pas confondre, du reste, l'hypnotisme avec la suggestion : l'hypnotisme ne fait que favoriser la suggestion. De même, en effet, que l'hypnotisme peut se produire sans suggestion, de même la suggestion peut se produire sans hypnotisme. Ainsi isolée de la situation précédente, l'influence suggestive [illegible]

étudiés sous deux formes, celle de la *suggestion individuelle* et celle de la *suggestion collective*[28].

Il y a, d'abord, l'*auto-suggestion,* l'idée fixe qui s'empare de l'homme et finit par le pousser au crime. Il y a la *suggestion involontaire* qui s'exerce sur des natures faibles, réceptives, par l'effet d'un mot auquel on n'a pas attaché d'importance, d'un article de journal ou d'un livre qu'on n'a pas écrit dans ce but, d'un acte quelconque qui appelle l'imitation. Il y a la *suggestion volontaire,* celle qui pousse, par la persuasion, à commettre le crime. Dans le premier cas, la seule question est de savoir si la force intérieure qui fait agir ne provient pas d'une disposition maladive supprimant ou atténuant la culpabilité. La suggestion inconsciente ou involontaire n'emporte, pour celui qui en est l'auteur, aucune responsabilité directe; mais les dangers qu'elle présente peuvent motiver certaines mesures de police préventive. Dans tous les cas, pour celui qui en est victime, cette suggestion ne saurait ni faire disparaître ni diminuer la responsabilité. Dans la suggestion consciente, la responsabilité de l'instigateur et celle de sa victime sont en raison inverse l'une de l'autre, en ce sens que la première s'accroît alors que la seconde diminue; nous entrons, en effet, dans le domaine de la participation criminelle (C. p., art. 60). Ce sera donc à propos de la provocation que nous étudierons le rôle et l'influence de la suggestion individuelle.

La suggestion collective se propage conformément aux lois de la *contagion* et de l'*imitation* et donne lieu à deux phénomènes criminels de la plus haute importance : la *contagion du délit* et le *délit collectif*[29]. Le premier a été particulièrement étudié à propos du suicide et du meurtre[30]. Il se produit par deux causes corrélatives : l'influence exercée sur un milieu

[28] Alimena, *op. cit.*, t. II, p. 181.

[29] On lira, sur ce sujet : Despine, *De la contagion morale,* Paris, 1870; *id., De l'imitation considérée au point de vue des différents principes qui la déterminent,* Paris, 1871; Sergi, *Psicosi epidemici,* Milan, 1889; Tarde, *Les lois de l'imitation,* Paris, 1890.

[30] P. Aubry, *La contagion du meurtre,* 2e édit., Paris, 1894; Moreau de Tours, *De la contagion du suicide,* Paris, 1875.

réceptif par les idées et par les actes criminels[31]. Cette situation, intéressante au point de vue psychologique, est évidemment sans influence sur la responsabilité. Tout au plus, pourrait-on trouver, dans les ambiances du milieu, des motifs pour modérer la peine.

La suggestion criminelle, qui s'adresse à la foule, a des répercussions et des effets inattendus. D'un côté, la foule n'agit, d'ordinaire, que sous l'influence de meneurs; et, dans ses actes, elle se montre inférieure, non seulement au niveau moral de la société même dans laquelle elle se forme, mais encore à celui des individus isolés qui en font partie. D'un autre côté, il est inexact de voir, dans la criminalité collective, un simple total des criminalités individuelles : en réalité, les masses agissent sous l'action d'entraînements, de forces, d'impulsions qui ne surgissent que par l'effet de la réunion des individus[32]. Ces observations conduisent à deux conclusions corrélatives : en cas de crimes commis en foule, il faut être très sévère pour les meneurs, mais très indulgent pour les comparses. Dans une foule, l'homme perd, en quelque sorte, son individualité, il subit des impressions qu'il ne subirait pas s'il était isolé. La criminalité collective n'est guère autre chose qu'un état d'entraînement où chaque individu, faisant partie d'une foule, se décharge, sur elle, sans raisonner, de sa responsabilité personnelle[33].

266. L'ivresse est de tous les temps, c'est un vice contemporain de l'humanité; l'alcoolisme est un fléau moderne. En France notamment, l'abus des liqueurs enivrantes a parcouru deux phases successives : la première est marquée par l'abus de

[31] Nous avons eu, en France particulièrement, de véritables épidémies de « vitriolisme », et de « révolvérisme » qui montrent l'influence de l'imitation externe au point de vue, tout à la fois, du moyen et du but.

[32] Sur ce point : Sighele, *La folla delinquente*, Turin, 1891 (Cet ouvrage a été traduit par Paul Vigny, Paris, 1892); Lombroso et Laschi, *I delitto politico e le rivoluzioni*, Turin, 1890 (trad. en 2 vol., 1893); Le Bon, *Psychologie des foules*, Paris, 1896; Tarde, *Foules et sectes au point de vue criminel*, dans *Rev. des Deux-Mondes*, 1893; *id.*, Rapport au *Congrès d'anthrop. criminelle de Bruxelles* (*Actes du congrès*, p. 73).

[33] Voy. H. Joly, *La France criminelle*, p. 406 et suiv.

la liqueur nationale, par l'ivrognerie du vin; la seconde, par l'alcoolisme, c'est-à-dire par un empoisonnement dont la cause n'est pas seulement l'abus continu du vin, mais l'usage de l'alcool extrait de diverses substances[34]. Les vieilles questions soulevées par l'ivresse sont devenues sans importance par rapport aux nouvelles questions soulevées par l'alcoolisme. La législation pénale doit s'en préoccuper à un double point de vue : 1° pour combattre, par des moyens répressifs ou préventifs, le développement de l'ivrognerie et de l'alcoolisme; 2° pour déterminer la responsabilité de l'ivrogne et de l'alcoolique relativement aux crimes et aux délits qu'ils commettent sous l'influence toxique[35].

I. L'ivresse et l'alcoolisme, qui en est la conséquence, peuvent avoir, sur l'avenir de la famille et de la société, une répercussion si désastreuse[36], que les législations modernes ont érigé en délit, puni de l'amende ou de l'emprisonnement, le fait même de s'enivrer. En France, le Parlement a voté, sur l'initiative du docteur Roussel, le 23 janvier 1873, une loi tendant à réprimer l'ivresse publique et les progrès de l'alcoolisme. Cette loi, dont les dispositions sont répressives et préventives, donne à l'ivresse volontaire le caractère d'une infraction, lorsqu'elle se manifeste publiquement. *a*) Elle punit ceux qui sont trouvés en état d'ivresse manifeste dans les rues, chemins, places, ca-

[34] Le règne de l'alcoolisme commence avec l'entrée en scène des alcools d'industrie, dès 1824. Voy. Dr Legrain, *L'alcoolisme*, p. 7. On a établi que l'alcoolisme se développe d'autant plus qu'il y a moins de vin dans une région. V. Alexandre Berard, *L'alcoolisme en France* (*Rev. des Revues*, 1896, p. 305 et suiv.). Aussi l'invasion de l'alcoolisme, dans le centre et le midi de la France, date surtout de la destruction des vignobles par le phylloxéra. On a prétendu, ce qui ne nous paraît pas absolument démontré, que la reconstitution des vignobles a amené une certaine baisse de l'alcoolisme.

[35] V. G. Vidal, *L'alcoolisme et la loi pénale* (*Rev. pénit.*, 1897, p. 1 à 46); Alimena, *op. cit.*, t. II, p. 210 à 270. On trouvera, dans ce remarquable ouvrage, une analyse de toutes les opinions qui se sont produites sur l'ivresse et l'alcoolisme. Comp. la discussion de la question : *Actes du Congrès pénitentiaire de Saint-Pétersbourg*, t. I, p. 32, 103, 567, 574, 591; t. II, p. 136, 348, 390.

[36] V. Dr Legrain, *Dégénérescence sociale et alcoolisme*, Paris, 1892; Dr Laborde, *La lutte contre l'alcoolisme*, Paris, 1896.

fés, cabarets et autres lieux publics : ils peuvent, par mesure de police, être conduits, à leurs frais, au poste le plus voisin, pour y être retenus jusqu'à ce qu'ils aient recouvrés la raison (art. 11); ils seront traduits devant le tribunal de police et condamnés à une amende de un à cinq francs (art. 1). En cas de première récidive, l'article 474 du Code pénal leur est applicable, et ils peuvent être condamnés à un emprisonnement de un à trois jours (art. 1, § 2). En cas de deuxième récidive, ils sont traduits devant le tribunal correctionnel et condamnés à un emprisonnement de six jours à un mois et à une amende de 16 francs à 300 francs (art. 2). En cas de troisième récidive, ils sont punis du maximum des peines avec faculté de les élever jusqu'au double (art. 4, § 2). *b*) La loi de 1873 contient des dispositions préventives : 1° à l'égard des cafetiers et cabaretiers, auxquels elle fait défense, soit de servir des liqueurs alcooliques à des mineurs âgés de moins de seize ans, soit de recevoir, dans leur établissement, des gens manifestement ivres et de leur donner à boire (art. 4); 2° à l'égard de toutes personnes auxquelles elle interdit de faire boire jusqu'à l'ivresse un mineur de seize ans (art. 7)[37].

La répression de l'ivresse ne peut qu'être approuvée. « Il ne s'agit pas, en effet, ici d'une cause pathologique organique ou d'une habitude invétérée dont on ne peut se défaire; il ne s'agit pas d'un vice congénital; mais, comme l'a très bien dit Garofalo[38], d'un état purement transitoire dans lequel l'homme ne tombe que par une faiblesse contre laquelle sa volonté peut facilement réagir. Il faut donc donner à cette volonté un motif pour la déterminer à laisser là le verre et la boisson. Ce motif

inefficace. Mais, quelque réserve que l'on doive faire à ces deux points de vue, il est certain que la loi de 1873 est une des lois les plus salutaires et les plus bienfaisantes de notre époque. L'ivrogne n'est pas un malade, mais un coupable; il s'abandonne volontairement, avec complaisance et par faiblesse, à sa passion qu'il ne cherche pas à vaincre. La répression doit lui donner un point d'appui dans cette lutte, le motif qui le déterminera peut-être à résister à son penchant [39]. A un certain degré, il est vrai, l'acoolisation, conséquence de l'ivrognerie, devient une véritable maladie que l'on ne peut combattre que par un traitement spécial, dans un établissement approprié, basé sur l'abstinence obligatoire de toute boisson, non seulement alcoolique, mais même fermentée, pendant un séjour, d'une durée assez longue pour espérer une cure sérieuse. La création d'*asiles de buveurs* est actuellement à l'ordre du jour, en France comme à l'étranger. Elle est en voie de réalisation dans certains pays voisins, en Suisse notamment. Mais, au point de vue de cette mesure désirable, il faut éviter tout abus dont souffrirait la liberté individuelle et déterminer, avec soin, comment s'opérera l'internement et qui en fixera la durée. Le placement des buveurs dans un asile ne peut être que volontaire ou forcé. Le premier mode de placement est sans difficultés. Mais le second, qui émane de la famille ou de l'autorité, doit être précédé d'une instruction et d'une décision judiciaires. La durée de l'internement sera proportionnée aux nécessités d'un traitement efficace. Généralement, les médecins évaluent à six mois le minimum de cette durée et à deux ans son maximum. A cet égard, deux systèmes se conçoivent : celui qui consiste à faire fixer *a priori* la durée de l'internement par l'autorité qui le prononce, sauf à réclamer, de la même autorité et en suivant la même procédure, une prolongation de durée si cette prolongation devient nécessaire; et celui qui consiste dans l'application, à une mesure qui n'est pas une peine mais un traitement, du principe de l'*indétermination* qui aurait ici son rôle tout tracé.

[39] V. H. Joly, *Le crime*, p. 350, 351, 356, 377 et 378.

[40] V. les renseignements contenus dans le rapport de G. Vidal, *op. cit.*, p. 12.

Pour combattre efficacement l'ivresse et l'alcoolisme, il ne suffit pas d'atteindre ces fléaux dans leur manifestation extérieure, il faut aussi et surtout les atteindre dans leurs causes les plus directes : dans la multiplication du nombre des cabarets, de ces « laboratoires de poison moral », suivant l'heureuse expression du docteur Legrain, qui mettent l'occasion à la portée de tous et, par l'influence puissante de l'exemple, de l'entraînement, de la contagion, créent, jusque dans les plus petits hameaux, des foyers d'alcoolisme collectif; dans la falsification des boissons alcooliques qui rend l'intoxication plus facile par la concurrence des prix et plus dangereuse par la nocuité des produits.

Mais l'organisation de la lutte contre ces causes de l'alcoolisme n'est pas, en principe, du ressort de la loi pénale.

II. La question de savoir quelle est la responsabilité de l'auteur d'un délit commis en état d'ivresse offre d'autant plus d'intérêt que les statistiques démontrent la fréquence croissante de cette situation[41]. Mais le problème se présente dans des conditions particulièrement difficiles, car si les effets psychologiques de l'ivresse sont analogues à ceux de la folie, la folie n'est qu'un accident malheureux (*infelicitas fati*), tandis que l'ivresse est une faute volontaire (*voluntaria insania*). Ces données antinomiques expliquent seules les divergences que présentent les législations anciennes et modernes sur la solution du problème. Nous trouvons d'abord le groupe des législations qui font le silence sur la question[42] et celui des législations qui réglementent la difficulté[43], et, parmi ces dernières, les unes punissent

[41] L'habitude de l'ivresse chez la plupart des condamnés est un fait démontré par l'expérience avant de l'être par la statistique. Elle atteint 78 p. 100 chez les vagabonds et 88 p. 100 chez les auteurs de violences contre les personnes.

[42] C'est le système de la législation française et de la législation belge. Le Code pénal allemand est également muet. Il en est de même du Code des Pays-Bas. V. sur ce premier groupe de législations : ALIMENA, *op. cit.*, t. II, p. 242 à 252

[43] Parmi les Codes qui prévoient les effets de l'ivresse sur la responsabilité, il faut noter : *a*) Code russe (art. 106). Ce Code distingue deux situations : si l'ivresse a été préméditée pour commettre le délit, il y a lieu à l'applica-

l'homme ivre, *propter ebrietatem et propter delictum,* en considérant l'ivresse comme une circonstance aggravante du crime ou du délit commis en cet état, les autres ne voient, dans l'ébriété, qu'une circonstance dirimante de la culpabilité, et, si elles punissent l'agent *propter ebrietatem*, elles ne le punissent pas *propter delictum.*

a) La loi française ne contient pas de règles spéciales relativement aux effets de l'ivresse sur la responsabilité pénale. Cette situation est donc laissée sous l'empire des principes généraux dont il faut tout d'abord rechercher l'application. En nous plaçant sur ce terrain, il y a lieu de présenter trois observations essentielles.

1° On distingue généralement, dans la doctrine et la jurisprudence, pour la détermination juridique de la responsabilité, l'alcoolisme allant jusqu'à la frénésie, au délire, à la folie, et l'ivresse simple. Dans les classifications que la science a faites de l'aliénation mentale, en se basant sur ses causes, une place est réservée à celle qui provient de l'ivresse, c'est-à-dire de l'usage habituel de l'alcool, de l'opium, du haschisch, de la morphine (folie alcoolique ou folie toxique). Il est évident que l'individu qui, dans une crise de ce genre, commet un délit est un *aliéné* et, par conséquent, un irresponsable. L'article 64 du Code pénal lui est applicable. Nous ne nous occupons pas de cette situation, mais de l'ivresse simple.

2° Cette sorte d'ivresse se subdivise, suivant sa cause, en fortuite ou accidentelle, fautive ou intentionnelle, celle-ci pouvant même aller jusqu'à la préméditation en vue de l'exécution

tion de la peine du délit prémédité; en dehors de ce cas, la peine ordinaire du délit est encourue. *b*) Code autrichien. Aux termes de l'article 2 : « Nulle action ou omission ne constitue un délit.... § 2 quand l'auteur est en état de pleine ivresse, à moins qu'il ne s'y soit mis dans l'intention directe de commettre le délit ». Le même Code ajoute, dans sa 3e partie, art. 3 : « Les actions commises en état d'ivresse peuvent être considérées comme de graves infractions de police ». *c*) Code pénal italien. L'ivresse accidentelle est une cause d'exemption ou de diminution de peine (art. 48). Dans le cas d'ivresse volontaire, le législateur établit une échelle de pénalités variées suivant le degré de gravité de l'ivresse (art. 48). — V. sur tous ces points : ALIMENA, *op. cit,* t. II, p. 253 à 256.

du délit. Suivant son degré d'intensité, l'ivresse est pleine ou complète, demi-pleine ou partielle. Suivant son degré de fréquence chez l'agent, l'ivresse peut être accidentelle ou habituelle. Or, il est un cas sur lequel on est d'accord. L'ivresse fortuite, qui n'est ni prévue ni voulue, ne peut être reprochée à l'agent qui ignore l'altération ou la force toxique de la boisson qu'il absorbe. Aucune faute ne lui est imputable et il faut simplement examiner quelle est l'influence de l'ivresse sur la responsabilité : si cette ivresse est complète, elle ne laisse place à aucun genre de responsabilité; si elle est partielle, elle diminue la culpabilité, sans la faire disparaître [44].

3° On soutiendrait, à tort, pour écarter cette solution, que l'article 64 du Code pénal, en parlant de la démence et en gardant le silence le plus absolu sur l'ivresse, a voulu, par cela seul, l'exclure comme cause d'irresponsabilité. Il n'y a pas démence, il est vrai, dans le sens technique du mot, mais il n'y a pas conscience de l'acte, il n'y a pas culpabilité. C'est en vain également qu'on opposerait, à cette solution, l'article 65, qui défend d'appliquer une excuse quand elle n'est pas formellement prévue par la loi : car nous ne prétendons pas que l'ivresse soit une *excuse légale* [45] : lorsqu'elle est alléguée par la défense, elle ne peut faire l'objet, comme les excuses, d'une question à poser au jury; mais s'il apparaît, *en fait*, que l'ivresse a anéanti

[44] V. notamment sur ce point : LAINÉ, *op. cit.*, n° 187; CHAUVEAU et HÉLIE, *op. cit.*, t. I, n° 358; LE SELLYER, *De la criminalité*, n° 74.

[45] La jurisprudence n'admet, en aucun cas, et avec raison, que l'ivresse soit une *excuse légale*. Déjà, sous le Code de brumaire an IV, qui ne parlait pas de l'ivresse, il avait été décidé (arrêt du 7 germinal an IV) que l'ivresse

complètement la raison de l'accusé, le jury devra répondre par un verdict négatif à la question de culpabilité, et le tribunal devra, en constatant l'état et la cause d'inconscience de l'agent, le renvoyer de la poursuite. Le pouvoir du juge, à cet égard, rentre dans l'examen de la question de culpabilité qui lui est toujours soumise.

b) Ce qui est donc seulement en question, c'est la responsabilité de l'agent pour les actes délictueux commis dans un état d'ivresse dû, soit à sa *faute,* parce qu'il a bu imprudemment, ou avec excès, soit à sa *volonté,* parce qu'il s'est enivré volontairement, même sans intention de commettre en cet état un crime ou un délit déterminé. Nous trouvons sur ce point deux théories extrêmes.

L'une ne tient aucun compte de l'ivresse. Il ne peut être permis au délinquant d'améliorer sa condition par son propre délit et il serait contradictoire de considérer le fait de l'ivresse comme délictueux en lui-même et d'autoriser le délinquant à l'invoquer comme circonstance dirimante de la culpabilité d'un autre délit. Ce raisonnement, vieux comme le monde, a été repris par l'école anthropologique[46]. Mais l'un de ses maîtres [47] a prétendu appuyer cette thèse sur une différence psychologique entre les effets de l'alcoolisme et ceux de l'ivresse. Le premier état, a-t-on dit, est une véritable infirmité, capable de changer le caractère. Mais le second ne fait que l'exagérer, et ne le dénature pas. L'homme ivre doit être considéré comme ayant agi *normalement,* car l'excitation causée par le vin n'est que la cause occasionnelle qui révèle l'instinct criminel. Mais cette manière de considérer l'ivresse est contredite par l'observation de ses phénomènes et de ses effets. « L'homme qui éprouve l'action enivrante de la boisson se convertit en un autre être[48] : son caractère change tout à fait, il n'est plus le même qu'auparavant; il

[46] Lombroso, *Troppi presto,* p. 61, Turin, 1888; Albano, *Ubriacchezza e responsabilita* dans *Arch. di psichiatria, scienze penali e anthropologia criminale,* t. IX; Berenini, *Dell' ubriacchezza,* Parme, 1888.

[47] Garofalo, *La criminologie.* p. 315 et suiv.

[48] Dr Lentz, *De l'alcoolisme et de ses diverses manifestations,* Bruxelles, 1884, p. 24.

a un autre moi, gai ou triste, heureux et expansif, sombre et mélancolique, audacieux et téméraire, peureux et pusillanime; son moi moral apparaît, ou bien opposé à ce qu'il était antérieurement, ou bien comme une exagération morbide de ce qu'il est d'ordinaire... Comment un homme agissant dans de pareilles conditions, sous de pareilles influences, pourrait-il jouir du même libre arbitre que celui dont il jouit quand il est dans un calme parfait? »

Dans la théorie opposée, le délit commis en état d'ivresse complète doit toujours rester impuni. Assurément, l'agent est en faute de s'être enivré, mais il n'en est pas moins inconscient du crime qu'il a commis, incapable de discerner la moralité de ses actes et, par conséquent, irresponsable. Que l'ivresse fautive ou volontaire constitue par elle-même un délit, c'est ce que tout le monde reconnaît; mais qu'on fasse abstraction de l'ivresse pour apprécier un acte commis dans cet état, sous prétexte que l'ivresse est un fait délictueux, c'est ce qu'il est impossible d'admettre. L'erreur de la théorie précédente consiste a confondre deux questions, celle de savoir si l'ivresse doit être réprimée en elle-même et celle de savoir si un acte commis dans cet état doit être puni.

Ces opinions divergentes peuvent se concilier, en tenant compte des degrés divers de l'ivresse.

Au début de l'ivresse, la conscience des actes existe, le caractère ordinaire de l'individu n'est pas transformé : il se rend compte de ce qu'il fait. Ce qui est affaibli, c'est sa force de résistance aux impulsions violentes et passionnées. La responsabilité subsiste donc, mais atténuée; et il est vrai de dire que les actes reprochés à l'homme ivre n'ont pas la même importance et la même portée morale que s'il était de sang froid. Quel effet produit donc l'ivresse? Accidentelle, elle ne peut avoir qu'un effet atténuant. Si elle est le résultat d'une habitude vicieuse, d'une imprudence, si elle est volontaire, son effet est double et, en quelque sorte, contradictoire; en elle-même, elle constitue une circonstance aggravante, puisqu'elle est la conséquence d'une faute plus ou moins grave; mais par l'affaiblissement de la volonté et de la force de résistance dont elle

est la cause, il semble qu'elle intervienne à titre d'élément d'atténuation de la culpabilité. Les juges tiendront compte, dans l'application de la peine, de ces points de vue opposés. Le mécanisme des circonstances atténuantes, ainsi que l'établissement d'un maximum et d'un minimum, le leur permettront presque toujours.

Mais lorsque l'ivresse est complète, lorsqu'elle a produit cette sorte d'anesthésie et d'inconscience qui caractérise l'état de l'homme ivre, il ne saurait être question de *responsabilité dolosive :* l'ivrogne ne se rend aucun compte de ce qu'il fait, il ne peut donc appliquer sa volonté à un résultat, à un dommage, à une violation de la loi. Dès lors, il faut, au point de vue des actes délictueux commis en état d'ivresse complète, distinguer ceux qui sont imputables à faute et ceux pour lesquels on ne punit que l'intention coupable. Pour les premiers, tels que l'homicide, les coups et blessures, l'incendie, ils seront considérés, non comme des actes dolosifs et intentionnels, mais comme des actes attribuables à la négligence, à l'imprévoyance; et ils devront être punis comme tels. Pour les seconds, tels que le faux, les menaces, les injures, les outrages, etc., il ne reste que la responsabilité de l'ivresse, c'est-à-dire de la *faute* commise en se mettant dans cet état imprudemment ou volontairement; mais, en ce qui concerne les délits perpétrés au cours de l'ivresse, aucune répression directe n'est possible; l'élément essentiel de la culpabilité pénale manque, puisque l'ivrogne n'a pu agir avec l'intention exigée pour l'incrimination légale[49]. Du reste, dans tous les cas, sa responsabilité civile sera engagée, puisqu'il a commis la faute primordiale de s'enivrer.

[49] Cette théorie nous paraît la seule légitime en l'état de la législation française qui ne prévoit pas l'influence de l'ivresse sur la responsabilité. Mais si la loi était à refaire, il conviendrait, en cas d'ivresse fautive ou volontaire, d'adopter la théorie suivante qui paraît être recommandée par les criminalistes les plus autorisés : établir, pour l'ivresse suivie de crimes ou délits, une pénalité sévère, mais sans aucune analogie avec celle du crime ou du délit lui-même, en tenant ainsi compte de la distance qui sépare la peine du dol de la peine de la faute. Comp. VIDAL, *op. cit.*, p. 23; ALIMENA, *op. cit.*, t. II, p. 233.

c) La dernière forme de l'ivresse volontaire, la plus grave, est celle dans laquelle l'agent a recherché cet état pour y puiser l'énergie de réaliser son dessein criminel : il s'est procuré l'ivresse, soit pour se donner du cœur, soit pour noyer ses remords, soit pour se ménager une excuse. C'est le genre d'ivresse que Farinacius appelait : « *Ebrietatem procuratam ac affectatam ad effectum ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret* ».

Tout le monde est d'accord pour reconnaître, dans ces agissements, une *circonstance aggravante* judiciaire de la culpabilité, quand la culpabilité existe. Mais existe-t-elle toujours? C'est se demander si l'ivresse préméditée constitue en état de dol l'agent qui commet le délit en vue duquel il s'est enivré? La diversité des opinions montre bien les difficultés du problème psychologique : 1° Pour la plupart des criminalistes, il est vrai, la responsabilité reste entière quoique le délit soit accompli en état d'ivresse, fût-elle complète : car le délit a été *voulu* par l'agent, lorsqu'il était de sang froid et son *exécution* est le résultat d'une détermination libre et réfléchie. On retrouve donc ici le double élément, matériel et intentionnel, nécessaire à l'existence de la culpabilité, et il importe peu que l'intention ait précédé l'exécution, puisque l'exécution est la conséquence de l'intention; 2° Mais d'autres criminalistes, avec une logique qui paraîtra peut-être excessive, distinguent, même dans ce cas, entre l'*ivresse* et le *délit accompli en état d'ivresse*. Puisque, par hypothèse, l'ivresse a été complète, puisqu'elle a détruit, chez l'agent, toute raison au moment de l'acte, cet acte ne peut être intentionnel : car c'est vainement qu'on y chercherait l'in-

à celle du somnambule accomplissant, pendant le sommeil, un acte qu'il avait à l'avance prémédité et préparé. Si le somnambule est irresponsable, la même solution s'impose pour l'homme ivre.

Mais, en réalité, on n'examine et on ne discute la question que pour l'honneur des principes : car le cas que nous supposons est entièrement hypothétique. L'individu, qui exécute en état d'ivresse le projet en vue duquel il s'est enivré, montre, par cela même, qu'il lui reste une certaine conscience de ses actes. S'il est inculpé du crime, il serait mal venu à soutenir, dans sa tentative de défense, qu'il avait perdu, en état d'ivresse, tout discernement et toute volonté : l'exécution de l'acte délictueux ne constituerait-elle pas, dans ce cas, une preuve suffisante et même invincible de la persistance de ses facultés au milieu des fumées de l'ivresse? On n'a pu relever aucun cas authentique dans lequel un criminel, ayant bu pour se donner du cœur, se serait enivré au point de perdre complètement la raison. Il ne faut donc pas s'étonner que tous les législateurs, qui ont réglé les conséquences pénales de l'ivresse, aient refusé la moindre atténuation à l'auteur d'un crime commis dans l'ivresse préméditée. Quelques-uns même font de cette circonstance un élément aggravant de la culpabilité.

267. On ne doit pas classer l'influence des passions parmi les causes physiologiques ou pathologiques qui ont pour effet d'éliminer la responsabilité. Les sentiments de haine, d'amour, de jalousie, de cupidité, de fanatisme, sont, en effet, les principaux moteurs de l'activité humaine. La loi pénale ne peut les considérer qu'à deux points de vue : comme *motifs déterminants* du délit ; comme *causes perturbatrices* de l'équilibre psychique.

a) Au premier point de vue, l'étude des passions humaines rentre dans l'étude plus générale des *motifs* du délit et de leur influence sur la pénalité. Cette question attire aujourd'hui l'attention des criminalistes et des législateurs[50]. Les grands pro-

[50] Voy. Ferri, *La sociologie criminelle*, p. 43 à 116 ; von Liszt, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* (*Zeitschrift*, t. XVI, p. 477 et

jets de Codes scientifiques modernes (suisse, norvégien, autrichien, russe) sont tous plus ou moins pénétrés de la nécessité de tenir compte de la diversité des motifs du crime dans l'intérêt même de la répression. Mais on s'entend peu sur l'exacte notion des « motifs déterminants », et il faut, tout d'abord, la préciser pour poser le problème. Dans un sens large, les motifs déterminants, ce sont toutes les conditions psycho-physiologiques qui, à chaque instant, agissent sur la volonté. Mais dans un sens plus restreint, ce sont les mobiles mêmes du crime : le voleur qui tue pour dépouiller sa victime, agit par cupidité; celui qui tue sa maîtresse, parce qu'elle lui est infidèle, agit par vengeance. Le motif c'est donc l'idée qu'a l'agent du résultat auquel il aspire, l'idée de la jouissance qu'il désire se procurer, de la souffrance qu'il veut éviter par le crime. Si on cherche à s'orienter dans le courant des conceptions nouvelles et à apprécier les tentatives de réalisation de ces conceptions dans le droit positif, on distingue facilement les groupes suivants : 1° L'école naturaliste, tout en affirmant que les motifs déterminants, dans le sens étroit du mot, sont le meilleur critère pour adapter la forme de réaction sociale à l'action anti-sociale, n'admet pas l'absolue suffisance de ce critère et veut qu'on y ajoute le critère de la catégorie anthropologique de l'agent. 2° L'école déterministe, en négligeant les caractères anthropologiques dont l'existence est douteuse, prétend qu'on doit tenir compte, pour fixer la nature et la gravité de la peine, de « toute l'individualité psychique, envisagée comme déterminant, sous l'influence d'excitations extérieures, la conduite criminelle du malfaiteur[41] ». La conclusion de cette thèse, ce serait l'individualisation de la peine

ou immoraux, nobles ou ignobles, légitimes ou illégitimes, non seulement pour l'application des peines par le juge, mais encore pour le choix et l'organisation des peines par le législateur[52]. Mais elle maintient cette idée nécessaire que la criminalité légale et absolue se caractérise par la nature du droit et des intérêts atteints et non par le but que l'agent a poursuivi ou le mobile qui l'a déterminé.

Le Code pénal français ne tient compte que dans la mesure de l'*intention criminelle* des mobiles de l'infraction. Nous retrouverons et examinerons son système à propos de cette théorie.

b) Les passions sont une cause d'altération momentanée des facultés psychiques : elles nous mettent, suivant l'expression populaire, « hors de nous ». Personne n'a cependant soutenu qu'elles constituaient une cause d'irresponsabilité. Nous devons résister à nos passions, et les lois pénales n'ont d'autre but que d'aider, par la menace d'une peine, l'homme à vaincre ses passions quand elles peuvent nuire à autrui.

En physio-psychologie, on classe les passions en deux catégories. Les unes consistent dans des *mouvements violents de l'âme,* qui se manifestent par impulsion : telles sont la crainte et la colère. Les autres consistent dans un *état d'âme,* résultant de désirs non réprimés; tels sont l'amour, la cupidité, la jalousie, l'ambition, la haine, le fanatisme, la débauche.

Quant aux passions de la première catégorie, il faut distinguer entre la crainte et la colère. La crainte, qu'elle provienne du fait d'un tiers ou des forces de la nature, peut exercer, sur l'agent, une influence irrésistible et produire la contrainte, qui est une cause d'irresponsabilité (C. p., art. 64). Dans la colère, l'homme ne se possède plus; on a parfois assimilé cet état d'âme à un accès d'aliénation mentale : *Ira furor brevis est,* a dit Horace. La colère peut amener une détermination de la volonté si prompte, si impulsive, que la raison est impuissante à retenir l'agent. Son influence sur la culpabilité est nettement précisée par Julius Clarus[53] : « *Est etiam ira furor brevis. Quæro igitur*

[52] Système des peines parallèles, des peines non déshonorantes, etc.
[53] *Practica criminalis.* liv. V, quest. 40, n° 9, p. 462.

an de delictis excuset? Tu vero dic, quod aut ira provenit ex justa causa; et tunc non excusatur in totum, sed ut delinquens mitius puniatur, ut in viro occidente uxorem repertam in adulterio...; aut vero non provenit ex justa causa; et tunc in nihilo excusat ». Cette distinction a été consacrée par le Code pénal dans la théorie de la provocation (art. 321 à 326). Et le corollaire de cette théorie, c'est que la colère *la plus légitime* ne peut qu'atténuer la culpabilité, jamais la faire disparaître.

Les passions de la seconde catégorie sont sans influence sur la culpabilité *légale*. Le Code pénal français n'en tient presque aucun compte; c'est au juge qu'il appartient de s'en préoccuper dans l'application des peines. A ce dernier point de vue, les crimes dits *passionnels* sont traités, par l'opinion publique, avec d'autant plus d'indulgence que la passion qui les inspire paraît moins basse, moins ignoble. La préoccupation de la recherche du mobile des actes devient même tellement dominante, surtout dans les verdicts du jury, qu'il y a là une orientation qu'il ne faut pas négliger. Une des causes les plus importantes de la crise que traverse, à l'heure actuelle, le droit pénal provient de la discordance entre le droit écrit et son application au point de vue de la manière de juger la valeur morale et juridique des actions humaines. Cette discordance entre l'opinion publique et la loi est toujours une chose regrettable : mais elle l'est plus encore en matière de répression.

§ XLI. — DE L'INFLUENCE DE LA CONTRAINTE SUR LA RESPONSABILITÉ

(C. p., art. 64.)

268. Notion de la contrainte. — **269**. Contrainte physique, son influence. — **270**. Contrainte morale. Des deux situations comprises sous cette expression. — **271**. De l'état de nécessité. — **272**. De la contrainte morale proprement dite. — **273**. Des conditions requises pour que l'état de nécessité et la contrainte morale soient exclusifs de la culpabilité. — **274**. Des délits commis dans le cas d'extrême misère.

268. La contrainte résulte d'un fait extérieur qui exclut ou amoindrit la liberté externe ou la liberté interne. De là la

distinction de la contrainte, en : 1° *contrainte* ou *violence physique;* 2° *contrainte* ou *violence morale.* L'article 64 du Code pénal embrasse, sous le nom de « force à laquelle on ne peut résister », l'une et l'autre contrainte. Lorsqu'elle existe, l'agent est irresponsable. Mais à quelles conditions existe-t-elle?

269. La *contrainte physique* est celle qui, provenant du fait de l'homme ou des forces de la nature, s'exerce matériellement sur l'agent. Elle l'oblige à faire ce qu'il ne doit pas faire ou elle l'empêche de faire ce qu'il doit faire. Difficile à concevoir dans les *délits d'action,* elle se rencontre, le plus souvent, dans les *délits d'inaction.* En tous cas, cette contrainte exclut la culpabilité, car on ne peut reprocher aucune *faute* à celui qui, en faisant ce que la loi défend, n'a été qu'un instrument matériel mis en mouvement par « une force à laquelle il n'a pu résister », ou qui a été empêché, par des obstacles insurmontables, de faire ce qu'elle ordonne. En cas de contrainte matérielle, il y a une suppression de la liberté physique qui donne à l'homme contraint le rôle d'*instrument,* et lui enlève celui d'*agent* du délit : *non agit sed agitur.*

Les diverses situations dans lesquelles on rencontre la contrainte physique peuvent être groupées en trois catégories.

a) Une personne est matériellement forcée d'accomplir un acte auquel elle ne donne pas son assentiment. C'est le cas le plus rare. Par exemple, un condamné au bannissement est jeté par une tempête sur les côtes de la France : lui appliquera-t-on l'article 33 du Code pénal qui punit la rupture de ban? Évidemment non, puisqu'il s'agit d'un fait auquel sa volonté n'a eu aucune part; ici, ce sont les forces de la nature qui oppriment la liberté. Dans d'autres cas, ce sera le fait de l'homme. Il est certain, par exemple, que si un individu pousse et fait tomber quelqu'un sur un enfant, qui est tué ou blessé par cette chute, l'auteur matériel de l'homicide ou des blessures ne sera pas responsable. « Alors, suivant les expression de Puffendorff[1], on regarde, à parler moralement, comme unique auteur de l'action, celui d'où provient la contrainte; l'autre qui souffre l'action ou

§ XLI. [1] *Droit de la nature et des gens,* t. I, p. 90.

qui l'exécute, ne tient lieu que d'objet ou d'instrument physique ».

b) Une personne est mise dans l'impossibilité d'éviter un acte illicite. Par exemple, celui qui se montre publiquement en état de nudité commet un outrage à la pudeur; mais si des malfaiteurs le dépouillent de ses vêtements ou bien si, pendant qu'il se baigne, ses vêtements sont emportés par un coup de vent et dispersés, le fait de se montrer dans un costume plus que léger ne lui sera pas imputable (C. p., art. 330). Les jurisconsultes romains, à titre d'exemple, citaient le cas d'une femme mariée, victime d'un viol, et décidaient qu'elle n'était pas coupable d'adultère : « *Quæ vim patitur non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur.* » Cela va de soi, puisque la femme a subi une violence physique et qu'elle a été victime et non agent du délit[2].

c) Une personne est mise dans l'impossibilité de se conformer aux prescriptions de la loi par le fait d'un tiers ou par un événement de force majeure. Quelqu'un, par exemple, avait à remplir un devoir légal, celui de se rendre dans tel lieu pour y porter son témoignage en justice ou faire partie d'un jury de cour d'assises; il en a été empêché par une maladie, une inondation, un accident de chemin de fer, la rupture d'un pont (ce sont là autant d'événements de force majeure), ou bien par une séquestration dont il a été victime (c'est le fait de l'homme). On peut encore citer : le cas d'un cabaretier, empêché matériellement, par des clients, de fermer son cabaret à l'heure réglementaire[3]; celui d'un voiturier, empêché, par un ouragan, de tenir sa lanterne allumée[4]; du gardien d'une prison tenu enfermé et em-

majeure au point de vue de la contravention prévue par l'art. 471, § 13, du Code pénal[5]. La jurisprudence fournirait bien d'autres exemples.

Dans tous ces cas, dits de *force majeure,* la conséquence est un renvoi d'instance pur et simple basé sur l'article 64, quelle que soit l'infraction, qu'il s'agisse d'un *délit* ou d'une *contravention*[6]. Par les expressions employées dans l'article 64 : « contraint *par une force* à laquelle il (l'agent) n'a pu résister » on voit que le législateur a songé surtout à la contrainte physique, ce que confirme, du reste, l'exposé des motifs : « Une règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, *malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force.* Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention : or, dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales, et, qu'à l'égard de l'autre, *la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques* ». La doctrine et la jurisprudence françaises sont cependant d'accord pour faire rentrer, dans les prévisions de l'article 64, la contrainte morale et y voir une cause de non culpabilité.

270. La *contrainte* ou *violence morale* est l'oppression du libre arbitre par la crainte d'un mal imminent. Comme la contrainte physique, elle peut résulter des forces de la nature (*vis major naturæ*) ou du fait de l'homme (*vis absoluta*). Mais, quelle qu'en soit la cause, elle ne prive pas l'individu qui la subit de la *possibilité physique* de faire ce que la loi ordonne ou de ne pas faire ce qu'elle défend : elle n'agit que sur le moral de l'agent; elle ne pèse que sur sa *volonté.* C'est en raison de ce caractère que l'on peut se demander si elle est une cause d'irres-

[5] Cass., 14 août 1852 (D. 52.5.194). Comp. BLANCHE, *op. cit.*, t. VII, n° 214. Voy. pour d'autres espèces : Cass., 28 juillet 1881 (D. 82.1.95); 8 août 1874 (*B. cr.*, n° 225 ; 7 avril 1876 (*B. cr.*, n° 100).

[6] Sur l'application de la force majeure en matière de contraventions, outre les arrêts cités ci dessus, voy., ceux qui sont rapportés dans D. J. G., *Supplément,* v° *Peine,* n° 413.

ponsabilité, si l'agent qui l'invoque a bien été contraint, en effet, par une *force* à laquelle il n'a pu résister.

Le problème se décompose. Deux situations sont, en effet, possibles. Ou bien l'agent accomplit l'acte délictueux sous l'empire de circonstances qui pèsent sur sa volonté (c'est l'*état de nécessité*); ou bien il l'accomplit sous l'empire de menaces (c'est la *contrainte morale* proprement dite). Dans un cas comme dans l'autre, l'agent est dominé par une force supérieure; il importe peu que cette force soit une force humaine ou une force naturelle, puisque les effets produits sur l'agent sont identiques. Mais, dans un intérêt d'analyse, je crois que la distinction s'impose.

271. Dans une foule qui se précipite pour éviter la chute d'un pont, d'un édifice, pour échapper à un incendie, un individu renverse d'autres individus plus faibles que lui, les blesse ou les tue; il s'ouvre, avec ses poings ou sa canne, un passage à travers la foule, en portant des coups, en faisant des blessures. Dans un naufrage, ceux qui ont réussi à monter dans une embarcation écartent, de peur de la surcharger, ceux qui s'y cramponnent et les exposent à une mort certaine. Ce sont là des états de fait dans lesquels la sauvegarde d'un bien nécessite la perpétration d'un acte en lui-même délictueux. On les a qualifiés avec raison d'*états de nécessité*[7]. Ils impliquent non pas un conflit de *droits*, mais un conflit d'*intérêts*, à l'occasion d'un événement fortuit ou d'un accident naturel[8].

L'état de légitime défense (*Notwehr*) et l'état de nécessité

(*Notstand*), bien souvent rapprochés[9], diffèrent essentiellement l'un de l'autre, à un double point de vue : 1° Dans les deux cas, sans doute, il s'agit, pour celui qui commet un acte en lui-même délictueux, d'éviter un danger personnel : mais l'acte de légitime défense seul est dirigé contre l'agresseur. La victime, c'est précisément celui qui a mis l'agent dans la *nécessité*, pour défendre sa vie, de tuer ou de blesser. 2° Par conséquent, l'attaque, rendue vaine par la défense, constituait une tentative de crime, dont la consommation, certaine si cela n'eût dépendu que de l'agresseur, aurait rendu celui-ci passible d'une peine. Aussi la conscience populaire ne plaindra pas la victime, mais dira : « Elle l'a bien mérité. » L'acte de défense devient ainsi un acte de justice.

Que résulte-t-il de cette comparaison? C'est que, en état de légitime défense, l'acte cesse d'être délictueux, et l'agent l'accomplit dans les limites de son droit. Mais il n'en est pas de même en cas de nécessité. Ici, à quelque point de vue que l'on se place, l'agent, pour se protéger, a certainement violé le droit d'autrui; il a certainement commis un délit et il en serait responsable, si on faisait abstraction de la situation exceptionnelle dans laquelle il s'est trouvé[10].

Aucune des théories sur l'imputabilité ne peut, en effet, nous rendre compte de ces deux notions antinomiques : un acte qui est certainement *coupable*, un agent qui *n'est pas punissable*. Le devoir, tel qu'il est écrit dans tous les Codes, nous oblige à respecter les droits d'autrui, même dans le cas où nos droits propres sont exposés à être sacrifiés. Le moins qu'on puisse

[9] Nous verrons que le texte de l'article 328 du Code pénal se prête à ce rapprochement. Il qualifie les actes de légitime défense d'actes « commandés *par la nécessité* ».

[10] M. Moriaud, *op. cit.*, p. 251 et suiv., ramène la question de l'état de nécessité à l'appréciation juridique d'un conflit de biens. Mais cette thèse qui conduit l'auteur à considérer comme licite ce qu'il appelle le « délit nécessaire », nous paraît bien fragile. Pour sauver sa vie, la loi ne peut autoriser à compromettre la vie d'autrui, quand autrui est innocent du danger que vous courez. Tout système qui conduit à proclamer légitime l'acte délictueux accompli en état de nécessité est inacceptable.

exiger, c'est qu'on ne fasse pas à autrui ce qu'on ne voudrait pas qu'il nous fut fait à nous-même. Il est évident, en effet, que nous n'avons pas le droit de nuire à un tiers, qui est complètement étranger au mal dont nous sommes menacés, quelles que soient la gravité et la certitude de ce mal. Au point de vue objectif, l'acte accompli en état de nécessité est donc contraire au droit de celui qui en a été la victime. Au point de vue subjectif, cet acte reste un acte volontaire et, par conséquent, un acte imputable à celui qui l'a commis. La crainte d'un mal peut être une cause de détermination de la volonté (*vis compulsiva*), mais elle ne l'anéantit pas. Le fait délictueux, exécuté pour éviter un mal personnel, est *volontaire*, puisque l'agent lui a donné son adhésion et a bien voulu le commettre. S'il manque de spontanéité, il est cependant vrai de dire qu'il ne manque pas de liberté. L'agent avait un choix, *limité*, il est vrai, entre le mal à faire et le mal à subir. S'il a commis le fait qui lui est reproché, on pourra dire : *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*[11]. Qu'en conclure? Que le fait, accompli en état de nécessité, est non seulement illicite en soi, mais encore moralement imputable à l'auteur, car la morale commande à l'homme d'immoler sa vie au devoir. Mais, dans les circonstances exceptionnelles où nous le supposons placé, l'homme qui fait son devoir est tout simplement un héros ou un martyr, et, toute la question est de savoir si la morale sociale peut exiger cet effort de vertu qui demande tout ce que la nature humaine renferme de puissance et de courage. Sur ce terrain, la question est transportée du domaine de l'imputabilité morale dans le domaine de la responsabilité politique.

héroïque et l'entraîne avec une force irrésistible. Déclarer l'agent coupable au point de vue social, ce serait le punir pour ne pas s'être conduit en héros[12]. D'un autre côté, de quelle utilité serait la menace de la peine pour détourner de l'acte coupable? Par ces deux formules, en apparence contradictoires, mais, en réalité, identiques : « *nécessité n'a pas de loi* », ou « *nécessité fait loi* », la conscience populaire a, depuis longtemps, jugé la question[13]. Dans l'état de nécessité, la loi tient compte de la puissance des faits, elle renonce à exiger qu'on observe ses prescriptions, parce qu'elle ne peut compter sur cette observation : toutes ses barrières seraient impuissantes en face de l'instinct de conservation fondé dans la nature intime de l'être.

Mais il est des cas où le sacrifice de sa vie, de sa liberté, de son intégrité, est un *risque professionnel,* et où ce n'est pas pratiquer l'héroïsme, mais faire simplement son devoir, que de préférer le salut des autres à son propre salut. C'est ainsi que le guide commettrait certainement un délit, si, pour éviter d'être entraîné par le touriste auquel il est attaché, il coupait la corde et sauvait sa vie par ce moyen au détriment de la vie des autres.

Ni les Codes issus de la Révolution ni les anciennes Ordonnances françaises ne font mention de l'état de nécessité. Les auteurs parlent bien d'homicide « nécessaire », mais c'est de légitime défense qu'il s'agit. On sait que, dans l'ancienne France, tout auteur d'un homicide devait être condamné par les tribunaux, sauf à « se retirer devers le souverain Prince pour en avoir grâce » ; il est probable, sans que des exemples puissent être donnés, que des lettres de rémission ont été accordées à des homicides, en considération de l'état de nécessité. Quant aux autres délits, l'influence de la nécessité paraît avoir été recon-

[12] Du reste, l'affolement est fréquent surtout dans les foules : l'homme sentant alors un ennemi dans chacun de ceux qui l'entourent, redevient un véritable sauvage.

[13] Sur ces proverbes, qui paraissent d'origine germanique : Moriaud, *op. cit.*, p. 81. Ils expriment tous cette idée que la nécessité dégage de l'observation des lois ordinaires, parce que les lois ordinaires ne sont pas faites pour des cas absolument exceptionnels.

nue par la jurisprudence et la doctrine. C'est surtout à propos du vol d'aliments en cas d'extrême misère que la question a été agitée. Tous les criminalistes déclarent, dans ce cas, que le vol est impuni. Mais les motifs sur lesquels ils s'appuient pour donner cette solution sont des plus variés. Dans tous les cas, l'idée de contrainte morale n'apparaît pas encore. Le Code pénal de 1810, en parlant de la force irrésistible, a-t-il entendu comprendre, dans cette situation, les faits délictueux commis en état de nécessité? Les auteurs qui l'ont pensé ont dû rattacher à la *contrainte morale* la raison d'être de l'impunité qu'ils accordent dans ce cas. Mais comme il n'y a pas de contrainte morale irrésistible, force a bien été de reconnaître que l'acte, commis en état de nécessité, demeurait impuni, bien qu'il ait pu être évité par l'agent. Un certain nombre de Codes étrangers proclament expressément l'impunité des faits accomplis sous l'empire de la nécessité [14].

272. Le plus souvent, la pression sur la volonté qui résulte de la crainte s'exercera par le fait d'un tiers. A cet égard, trois situations sont possibles.

a) La crainte peut avoir été produite par une attaque injuste. Lorsque, pour la repousser, on a tué, blessé ou frappé l'agresseur, le fait, bien qu'il n'ait pas été commandé par la nécessité de la défense, ne constitue pas une infraction imputable, si la liberté de l'agent a été opprimée par la crainte que l'agresseur

[14] Voy. notamment : Code pénal allemand, §§ 52 et 54 (Liszt, *Lehrbuch*, p. 142 à 147); Code pénal hongrois, §§ 77, 78 et 80. Aux termes de l'article 43, n° 3 du Code pénal italien : « N'est pas punissable celui qui a commis

lui a inspirée. C'est une solution que nous développerons à propos de l'*excès de défense.*

b) La crainte peut être l'effet des menaces auxquelles on a recours pour déterminer celui auquel elles sont faites à commettre un acte délictueux. Dans certaines conditions, c'est là un cas de *contrainte morale* de nature à amener l'impunité. La forme de menaces la plus grave est celle dans laquelle le provocateur commence l'exécution de ses menaces : par exemple, il a séquestré la personne menacée, il l'a soumise à des tortures corporelles, il a détruit ou dégradé ses propriétés, dans l'intention de continuer la contrainte jusqu'à l'exécution du délit. Lorsque, par suite de la menace, le fait délictueux est exécuté ou a reçu un commencement d'exécution, le provocateur est puni comme complice du crime ou du délit, par application de l'article 60 du Code pénal. Quant au provoqué, bien qu'auteur matériel du délit, sa culpabilité disparaît, s'il n'a pu résister à la pression exercée sur lui. C'est l'article 64 qu'il faut appliquer. Sans doute, les violences morales ne constituent pas une contrainte physique ou matérielle, destructive de la liberté, c'est-à-dire du pouvoir d'exercer la volonté : mais ces violences agissent sur la volonté même, par l'effet de la crainte qu'elles inspirent. La double considération, que nous avons fait valoir dans l'état de nécessité, retrouve ici son application. Il se produit un conflit d'intérêts, dans lequel la volonté, qui n'est pas héroïque, prend parti pour ses intérêts propres et leur sacrifie les intérêts d'autrui. C'est un résultat trop humain pour qu'il puisse être évité. La loi pénale est impuissante, par la menace d'une peine lointaine et éventuelle, à contrebalancer, dans l'esprit de l'agent, la menace du mal présent. Elle s'abstient donc de punir, parce que la société n'a le droit de le faire qu'en vue d'un résultat à obtenir et non en vue de l'expiation, c'est-à-dire du *malum passionis propter malum actionis.*

c) Enfin, il y a une contrainte qu'on appelle impropre : elle a lieu, lorsque, sans aucune menace de mal corporel imminent, une personne s'est déterminée à commettre le délit pour obéir à l'ordre d'une autre personne qui exerçait sur elle une autorité soit domestique, soit politique. Mais cette situation, qui se rat-

tache aux hypothèses prévues par l'article 327 du Code pénal, dont elle dérive, sera examinée à propos des faits justificatifs.

273. La doctrine et la jurisprudence françaises sont d'accord sur deux points : 1° sur le principe que la contrainte morale est exclusive de toute culpabilité, comme la contrainte physique; 2° sur l'application de ce principe aux contraventions comme aux crimes ou aux délits [15].

Mais il reste à se demander dans quels cas la contrainte morale est suffisante pour produire ce résultat.

L'article 64 n'exige qu'une condition, que l'agent *n'ait pu résister*. Le vague même des expressions légales nous indique que le législateur a voulu laisser au juge une grande latitude pour mesurer le degré et l'intensité de la contrainte [16]. Si l'on analyse les circonstances dans lesquelles elle existe, on voit qu'elles supposent le concours de quatre conditions : 1° Il faut que le fait, d'où résulte la coaction, soit imprévu, et n'ait pas pu être prévenu. S'il eût été au pouvoir d'un homme prudent de l'éviter, l'agent devrait subir les conséquences d'une situation qui lui serait imputable; 2° Il faut que la crainte du mal dont l'agent est menacé soit une crainte fondée, de nature à produire, sur son esprit, une impression profonde : *Vani timoris justa excusatio non est,* disait un jurisconsulte romain [17]. C'est, dans l'appréciation de cette condition, que le juge pénal doit tenir compte d'une règle rationnelle, écrite dans l'article 1112, § 2,

[15] Le projet de révision du Code pénal, préparé par la commission, réunit, dans l'article 54, comme circonstances excluant les peines, l'état de légitime défense, l'état de démence, ou lorsque l'agent « a été contraint

du Code civil, à propos des effets de la violence sur la validité des conventions. Ce texte exprime, en effet, ce principe de bon sens qu'on doit juger humainement les choses humaines et ne point exiger d'une personne plus de fermeté qu'elle n'en peut avoir étant donné le milieu où elle vit : on doit donc apprécier le degré et l'intensité de la contrainte, en ayant égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes; 3° Il faut que le mal dont l'agent est menacé soit grave et ne paraisse pas moindre que celui que doit causer l'acte illicite lui-même[18]; 4° Il faut, enfin, que ce mal soit présent, imminent, injuste, et que l'agent ne puisse l'éviter qu'en exécutant l'acte qui lui est reproché. S'il s'agissait d'un mal qu'on n'aurait à subir que dans l'avenir, on pourrait recourir à la protection de l'autorité.

274. Peut-on invoquer, comme cause d'irresponsabilité pénale, la nécessité de donner satisfaction au besoin de se nourrir, de se vêtir? La soustraction d'aliments, de vêtements, est-elle pénalement imputable, dans le cas d'extrême misère? Il n'est pas, au moyen âge, un seul auteur qui ait considéré comme punissable le vol commis par nécessité; tous se basent, par exemple, non sur la nécessité même, mais sur un principe spécial de communauté de biens en cas de nécessité[19]. La situation que nous prévoyons rentrerait, aujourd'hui, dans les termes de l'article 64 du Code pénal, tel que nous l'avons interprété. En vain, dira-t-on, que l'état de nécessité doit résulter d'une force étrangère à l'agent et non pas d'une cause interne qui lui est plus ou moins imputable : car la misère qui place l'agent dans l'alternative de voler ou de mourir de faim ou de froid suspend l'application des lois ordinaires, parce que les lois ordinaires ne sont pas faites pour les cas exceptionnels, et qu'elles ne peuvent obliger, sous une sanction pénale, à respecter la propriété d'autrui jusqu'au sacrifice de sa propre vie.

[18] Il n'y a donc pas à distinguer, comme on le fait parfois, si le danger d'où est venu la contrainte menaçait l'agent qui l'invoque dans sa personne ou dans ses biens. Il est nécessaire, mais il suffit, que, se plaçant dans les circonstances de la cause, le juge compare le mal commis avec celui que l'agent a voulu éviter.

[19] V. sur ce point : Moriaud, *op. cit.*, p. 88 et suiv.

§ XLII. — DE L'INTENTION CRIMINELLE[1].

275. Position de la question. — 276. Double problème.

275. La culpabilité pénale suppose le concours de l'intelligence et de la volonté dans l'acte particulier dont on veut rendre l'agent responsable. Sur la nécessité de ces conditions comme éléments moraux du délit, aucun doute ne s'élève : l'absence de l'une ou de l'autre, quelle que soit le caractère de l'infraction, quelque minime qu'en soit la peine, a pour conséquence de faire disparaître le crime, le délit ou la contravention, parce qu'elle a pour conséquence de faire disparaître toute faute, et qu'il ne peut y avoir de *coupable* sans une violation de droit imputable. Ainsi, démontrer que l'agent n'a pas pu comprendre ce qu'il faisait ou qu'il n'a pas été libre de le faire ou de ne pas le faire, c'est réduire la violation de la loi à une violation purement matérielle et accidentelle dont on ne peut demander compte à l'agent pour lui en faire subir les conséquences. Mais ces conditions suffisent-elles? L'agent ne peut-il pas prétendre qu'il était de « bonne foi », qu'il n'avait pas l' « intention » de commettre l'infraction, et, en le prouvant, établir, par cela même, qu'il n'est pas « coupable »? C'est se demander quel rôle joue l'*absence d'intention,* la *bonne foi,* dans le problème de la responsabilité pénale.

276. Cette question se dédouble : 1° Il faut, en effet, déterminer et préciser d'abord en quoi consiste l'intention criminelle;

§ XLIII. — EN QUOI CONSISTE L'INTENTION CRIMINELLE.

277. En quoi l'intention est distincte de la volonté. — **278.** La faute intentionnelle et la faute inintentionnelle. — **279.** La faute intentionnelle. Division. — **280.** De l'intention criminelle ordinaire. De l'intention spéciale, plus spéciale. Les motifs et le but comparés à l'intention. Intention réfléchie. Intention irréfléchie. Préméditation. — **281.** Intention déterminée, indéterminée ou éventuelle. — **282.** De la faute. Pourquoi elle est punissable. Distinction des degrés de la faute. — **283.** De l'application de la causalité en matière de faute. Cause directe. Cause indirecte.

277. L'intention, dans le sens étymologique du mot, exprime la direction de la *volonté* vers un but (*in tendere*); en matière pénale, c'est la direction de la volonté vers l'action ou l'omission incriminée. En prenant ce mot dans cette acception, il est vrai de dire que « il n'y a pas de délit sans intention », que « c'est l'intention qui fait le délit », que tout délit se compose « du fait et de l'intention », car l'*intention* se confond alors avec la *volonté,* et le caractère volontaire du fait (*volontarieta del fatto*) est précisément ce qui distingue l'acte de l'homme de l'acte d'un être quelconque ou d'un événement fortuit. En effet, toute action ou toute omission ne peut être l'objet d'une imputabilité pénale qu'à la condition d'être l'œuvre de la volonté humaine[1]. Mais on conçoit que cette direction de la volonté soit de deux natures et qu'elle puisse avoir, en quelque sorte, un double degré d'intensité.

a) Le plus souvent, l'agent, ayant conscience de l'immoralité, de l'illégalité de l'acte qu'il commet, ou mieux des conséquences dommageables qu'il peut avoir sur les biens protégés par la loi,

§ XLIII.[1] Il n'est permis à aucune école philosophique ou juridique de croire ou de faire croire qu'un homme puisse être puni à raison d'une action ou d'une omission qui serait l'effet d'un cas fortuit. Or, la « volonté », ou mieux la « volition » est reconnue et admise par la conscience de tous les hommes comme la cause immédiate de nos actions. De là l'idée de faire de la *volontarieta del fatto* la base de la responsabilité délictuelle. C'est le système consacré par le Code pénal italien, dans l'article 46, déjà cité, *suprà,* p. 433, note 5. Voy. ALIMENA, *op. cit.*, t. I, p. 419 et suiv.

veut cependant l'accomplir malgré cette conscience : on dit alors qu'il agit *intentionnellement* ou *dolosivement;* de sorte que, en droit criminel, l'*intention* ou le *dol* consiste dans la volonté d'accomplir un acte qu'on sait être coupable, punissable. C'est l'*animus delinquindi,* c'est l'état d'âme de celui qui applique sa volonté à violer la loi, ou plutôt à léser les biens juridiques, protégés par la loi.

b) Au contraire, quand l'agent ne s'est pas proposé pour but, dans son action ou dans son omission, l'accomplissement du délit qui en est résulté, on dit de lui qu'il n'a pas eu l'intention de commettre le délit, et, pour qualifier le manquement au devoir commis sans intention d'y manquer, on parle de simple *faute* (*culpa*) qu'on oppose alors au *dol* (*dolus*). Mais ces expressions constituent un malheureux emprunt à la langue des civilistes : ceux qui les emploient sont bien forcés de reconnaître que les mots *dol* et *faute* ont un sens différent dans le droit civil et dans le droit pénal[2]. Il est donc préférable de dire que la *faute,* toujours nécessaire pour qu'il y ait *culpabilité,* est tantôt *intentionnelle* tantôt *inintentionnelle,* ou, mieux encore, que l'*imputabilité* peut résulter, tantôt de l'*intention criminelle,* tantôt de l'*absence d'intention criminelle.*

On comprend, par ces explications préliminaires, en quoi consiste la *volonté* quand elle est opposée à l'*intention,* et comment la volonté peut exister là où l'intention fait défaut. On affirme, par exemple, d'un individu qui, en s'amusant à jeter des pierres, a tué ou blessé quelqu'un, qu'il a agi *sans intention* : qu'est-ce à dire? qu'il a agi sans *volonté?* Nullement : car, l'acte même, reproché à cet individu, le jet de la pierre, est

sant : « Il l'a commis sans intention »; « Il l'a fait sans le vouloir » ; « Il ne l'a pas fait exprès » ; toutes expressions usitées pour indiquer le défaut d'intention, non le défaut de volonté.

L'intention criminelle consiste donc dans la volonté de violer la loi, au moyen de telle action ou de telle omission, ou, plus exactement, de léser un bien juridique, protégé, comme tel, par une loi, présumée connue de l'agent. Ainsi, la volonté, appliquée à l'*action* ou à l'*abstention* qui constitue l'élément matériel du délit, c'est la *volonté* proprement dite, cette volonté qui est la condition générale et essentielle de la culpabilité pénale. La volonté, appliquée à la *violation de la loi* par le moyen de cette action ou de cette abstention, ou mieux à la *violation d'un bien protégé par la loi,* c'est la volonté que l'on qualifie d'*intention criminelle,* volonté qui peut être, mais qui n'est pas toujours une condition de la culpabilité.

278. En résumé, pour que la responsabilité pénale existe, il faut *comprendre* ce que l'on fait (*discernement*), *vouloir* le faire (*volonté*) et *pouvoir* le faire (*liberté*). Mais il y a des degrés dans cette responsabilité. Les deux principaux sont le *dol* et la *faute,* ou, plus exactement, la *faute intentionnelle* et la *faute inintentionnelle.*

Il y a *faute dolosive* ou *intentionnelle,* quand l'agent, intelligent et libre, ayant conscience du caractère illicite de l'action ou de l'omission qui lui est reprochée, connaissant surtout les conséquences dommageables de cette action ou de cette omission pour un bien protégé par la loi, veut cependant commettre le fait interdit ou s'abstenir du fait ordonné.

Il y a *faute simple* ou *inintentionnelle,* quand l'agent, intelligent et libre, n'a pas voulu l'acte illicite, en tant que délit, c'est-à-dire n'a pas voulu violer la loi au moyen de l'action ou de l'inaction qui lui est imputée.

Dans le premier cas, l'action ou l'inaction coupable résulte, d'une façon *positive* et *effective,* de la volonté intelligente et libre de l'agent.

Dans le second cas, l'action ou l'inaction résulte, d'une façon *négative,* de sa volonté intelligente et libre. L'agent n'a pas em-

ployé sa volonté à empêcher l'acte qui lui est reproché ou, du moins, à en empêcher les conséquences.

Le dol et la faute comprennent des degrés multiples, de sorte que l'échelle de la responsabilité pénale commence à l'imprudence la plus légère pour finir à la volonté coupable la plus méchante. La loi, pas plus que la nature, ne fait de sauts; elle est obligée de suivre toutes les dégradations de la volonté criminelle. Nous allons donc examiner successivement les degrés du dol et ceux de la faute.

279. Pour examiner les degrés du *dol*, il faut se placer à deux points de vue bien distincts : relativement à l'*intention* de l'agent, au point de vue *subjectif;* et relativement aux *conséquences* de l'infraction, au point de vue *objectif*.

280. Au premier point de vue, l'intention de l'agent se manifeste de tant de manières différentes qu'il faut user de classifications dont l'apparence scolastique a rebuté la plupart des criminalistes français : ces distinctions sont cependant puisées dans un rapport nécessaire entre la psychologie du délinquant et les conditions de l'incrimination légale[1].

I. Tantôt, en effet, la loi ne se préoccupe, pour punir, que de l'intention criminelle ordinaire, tantôt elle exige une intention spéciale ou plus spéciale. C'est la division du dol, en *dol ordinaire, spécial, plus spécial*.

a) En effet, pas plus qu'il ne faut confondre, en droit civil, la *cause* avec le *motif* d'une obligation, il ne faut confondre, en droit criminel, avec l'*intention de commettre le délit*, soit les *motifs* qui déterminent l'agent à le commettre, soit le *but* qu'il poursuit en le commettant. Un médecin publie, dans un journal,

du malade : vous constatez que ce médecin a eu *conscience* de révéler un fait, confidentiel de sa nature, et qu'il n'avait appris que dans l'exercice de sa profession : voilà l'*intention directe*, en l'absence de laquelle le *délit*, prévu et puni par l'article 378 du Code pénal, n'existerait pas. Mais cette révélation étant reconnue *consciente* et *volontaire*, le délit est constitué, parce que l'*intention* suffisante existe[4]. Il n'y a pas à rechercher quel *motif* a déterminé sa volonté, à quel *mobile* il a obéi, quel était son *but*. Le mobile déterminant de cet acte, le but poursuivi par ce médecin peuvent être méchants, indifférents ou même louables : qu'importe? ce sont là des considérations qui restent étrangères à la criminalité légale. La législation française ne tient, en principe, aucun compte, soit du motif déterminant, soit de l'intention indirecte ou finale, pour exclure ou diminuer la culpabilité. De même, en effet, qu'on peut accomplir de bonnes actions par des motifs blâmables, de même on peut commettre des délits par des motifs louables : il ne faut donc pas s'attacher au motif d'un acte pour en apprécier le caractère juridique. Il ne faut pas s'attacher non plus à l'intention indirecte ou finale, c'est-à-dire à cette intention qui se réfère, non pas aux conséquences immédiates, fatales de l'acte incriminé, mais souvent à des conséquences fort éloignées, conséquences qui ont pu entrer dans les vues de l'agent. Rarement, en effet, on commet une infraction pour la seule satisfaction de violer la loi pénale ou de léser les biens que cette loi entend protéger; on poursuit un autre but, s'enrichir, par exemple, se procurer un héritage, etc. L'intention finale d'un fait délictueux peut être bonne ou mauvaise[5]; elle

[4] Voy. l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Watelet : Cass., 19 déc. 1885 (D. 86.1.347).

[5] Voy. une espèce curieuse dans un arrêt du 15 juin 1871 (D. 71.1.363). Il s'agit d'un individu qui, voulant mettre fin au scandale que causaient un homme et une femme vivant en concubinage dans une commune, et se décidant, dans ce but, à les contraindre à quitter le pays, met le feu à leur demeure, en ayant soin toutefois de préserver leur mobilier, en les indemnisant, en outre, par la suite, de toutes les pertes que l'incendie avait entraînées. L'arrêt décide, avec raison, que ces circonstances n'excluent pas le crime d'incendie.

varie avec les circonstances et les personnes; l'intention directe est toujours immorale, car elle est nécessairement illégale. C'est d'elle seule que la loi se préoccupe, c'est elle seule qui caractérise la *volonté criminelle*.

Ainsi donc, le *motif* n'entre pas dans les éléments essentiels du délit, pas plus que dans ceux de l'obligation. La distinction entre la *cause* et le *motif* est devenue classique dans le droit civil. La cause d'une obligation est indiquée par la réponse à la question : *Cur debetur* (pourquoi est-il dû)? Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation de l'autre. Dans les contrats unilatéraux, comme le prêt, l'obligation de l'emprunteur a pour cause la prestation qui lui a été faite par le prêteur. Les *motifs* de l'obligation, ce sont les raisons qui ont déterminé à s'obliger. Celui qui emprunte, le fait, par exemple, pour payer une dette, acheter une propriété, établir son fils, etc. Tandis que les motifs peuvent être multiples, qu'ils varient, dans chaque espèce, avec les circonstances et les personnes, tandis qu'ils préexistent à la convention, la cause est toujours la même; elle est déterminée par la nature du contrat, et de même sorte que lui. Or, les juges civils, pour apprécier la validité d'une obligation, doivent s'abstraire des motifs. Et, cependant, par une évolution qui s'accentue tous les jours, on les voit, de plus en plus, faire la psychologie de la volonté, et rechercher, pour peser la valeur des engagements, ce qui a pu déterminer le contractant à les prendre. Cette tendance est fâcheuse dans le domaine des intérêts civils, puisqu'elle affaiblit la confiance qu'on doit avoir dans la solidité des conventions et substitue une fallacieuse équité au principe tutélaire de

motifs qui ont déterminé l'agent à commettre le délit, ou du but qu'il a recherché en le commettant. Mais la distinction entre ces deux éléments est vieille comme le monde; c'est, sous une autre forme, celle de la criminalité absolue ou légale et de la criminalité relative ou judiciaire. La loi, quand elle protège le droit, en menaçant d'une peine celui qui le viole, se place au point de vue de la nature du bien qui est l'objectif de l'attaque criminelle; elle ne peut ni ne doit admettre, soit que le motif excuse l'acte, soit que le but justifie le moyen. Mais, pour adapter la répression aux circonstances et aux personnes, le juge se placera à un point de vue moins abstrait et moins juridique. Il pèsera les motifs des actes incriminés, recherchera l'intention finale du délinquant. Pour lui, l'appréciation de la criminalité légale ne sera qu'un point de départ, une indication; car ce n'est pas une violation de droit qu'il aura simplement à juger, mais un délinquant, dont il devra rechercher l'état d'esprit en vue de l'avenir aussi bien qu'en vue du passé. Ce n'est donc pas assez d'autoriser le juge à faire de la dosimétrie judiciaire, c'est-à-dire à proportionner la mesure de la peine à la mesure de la culpabilité; il faut encore que le législateur organise un système de répression assez souple, assez varié, pour se prêter à l'individualisation du châtiment.

b) Il résulte de ces explications que ni l'intention de nuire (*malitia*), ni le dessein de se procurer des bénéfices illicites (*fraus*), ni la méchanceté (*dessein méchant*), ne peuvent être considérés comme des conditions générales et nécessaires de la culpabilité légale. Ce sont là les motifs de l'action ou de l'inaction incriminée; mais l'intention directe, celle qui consiste à vouloir l'action ou l'inaction comme délit, est indépendante de cet élément. Toutefois, cette règle n'est pas absolue. Bien souvent, au contraire, la loi fait dépendre la culpabilité d'un acte de l'*illégitimité des motifs* qui ont déterminé l'agent à le commettre, soit qu'elle s'en explique formellement, en faisant entrer, dans la définition du crime ou du délit, la mention du « *dessein méchant* », de l' « *intention frauduleuse* », ou toute autre expression équivalente, soit que la nature même de l'acte incriminé suppose nécessairement cette condition, qui est sous-entendue par la loi. Il existe donc, au point de vue de l'intention de l'agent,

une culpabilité générale (*dolus generalis*) et une culpabilité spéciale (*dolus specialis*). La première, qui consiste uniquement à savoir que l'acte qu'on va commettre ou dont on va s'abstenir, est défendu et à vouloir cependant le commettre, est exigée, en général, par la loi, pour que le fait soit incriminé comme crime ou délit : mais suffit-elle? Pas toujours : il faut souvent un élément de plus, une culpabilité spéciale : la méchanceté, la malice, ou la fraude. Ainsi, le faux en écritures, la fausse monnaie, l'escroquerie, le vol, l'abus de confiance exigent une intention frauduleuse. Pour que la fabrication d'une quittance, par exemple, constitue un crime, il ne suffit pas qu'elle ait été faite avec intelligence et volonté : il faut que l'auteur ait altéré la vérité dans une intention frauduleuse. Nous aurons précisément, dans la seconde partie de cet ouvrage, à rechercher en quoi consiste, pour chaque délit en particulier, cette intention lorsqu'elle est requise.

c) Cette culpabilité spéciale n'est même pas toujours suffisante. La loi exige, en effet, pour l'existence de certaines infractions, que la volonté de l'agent ait été dirigée vers un *but tout spécial,* de sorte que le fait, commis dans une autre intention, quelque blâmable et frauduleuse que soit cette intention, ou bien n'est pas punissable du tout, ou bien constitue une infraction toute différente. Ainsi, pour qu'il y ait crime de *meurtre,* il ne suffit pas que le fait matériel, d'où résulte l'homicide, ait été commis *sciemment* et *volontairement,* il ne suffit pas que l'agent ait eu l'*intention de nuire*, il faut encore qu'il ait eu la volonté de tuer, l'*animus necandi* (C. p., art. 295). Sans cette volonté, appliquée à l'effet même de l'acte, le meurtre se trans-

le mobile direct, immédiat de l'acte incriminé dont il y aura lieu de se préoccuper.

L'étendue de l'intention criminelle doit être recherchée avec le plus grand soin : elle a une importance capitale, non seulement au point de vue de la culpabilité, mais aussi en ce qui concerne la manière dont la question de culpabilité doit être posée au jury.

II. Au point de vue de son degré d'intensité, l'intention criminelle est tantôt *réfléchie*, tantôt *irréfléchie*.

Il y a intention réfléchie (*dolus deliberatus*), dès que l'auteur a agi avec réflexion dans l'exécution du délit *ou* même dans la simple résolution du délit. Le premier cas est le plus simple : le dol est alors concomitant à l'exécution. Mais le dol peut avoir une existence antérieure à la perpétration du délit ; c'est ce qui se serait produit, en admettant la vérité de l'accusation, dans le cas de Madame Lafarge, envoyant des comestibles empoisonnés à son mari, résidant alors à Paris.

Il y a intention irréfléchie (*dolus repentinus*), lorsque l'auteur a agi, dans la résolution *et* dans l'exécution, sous l'empire d'une passion ou d'un emportement instantané.

Notre Code pénal adopte cette division de l'intention criminelle, en distinguant, relativement aux crimes de sang, le fait prémédité du fait non prémédité. La préméditation, dans son système, est une circonstance aggravante légale (C. p., art. 297, 298, 302, 310). Nous verrons en quoi consiste la préméditation telle que l'a conçue le législateur français.

281. Au point de vue des *conséquences* de l'acte délictueux, l'intention criminelle peut être *déterminée, indéterminée* ou *éventuelle*. L'intention est *déterminée,* lorsque l'auteur a la volonté d'atteindre tel résultat précis, d'accomplir tel délit dont il connaît la nature, le caractère, et qu'il a obtenu ce résultat ou, du moins, qu'il a tenté de l'obtenir, par exemple la mort d'une personne, l'avortement d'une femme enceinte. L'intention est *indéterminée,* lorsque l'agent n'a pas eu en vue de résultat précis, bien que sa volonté fût déterminée relativement à l'acte lui-même; par exemple, il a volontairement tiré un coup de fusil dans une foule, sans avoir plutôt l'intention de tuer que

celle de blesser, et sans avoir plutôt l'intention de tuer ou de blesser telle personne plutôt que telle autre. L'intention est *éventuelle,* lorsque l'agent voulait commettre un mal déterminé, mais que les conséquences du fait ont dépassé le résultat, par exemple quand il a volontairement porté des coups à une personne, sans avoir précisément l'intention de la tuer, mais que ces coups ont entraîné la mort.

Dans le premier cas, l'agent encourt, sans difficulté, toute la peine du crime ou du délit qu'il a commis ou qu'il a voulu commettre. Il est pleinement responsable, non seulement de ce qu'il a fait, mais encore de ce qu'il a voulu faire. La théorie de la tentative (C. p., art. 2) est une conséquence et une application de cette idée. Mais le dol indéterminé et surtout le dol éventuel présentent de sérieuses difficultés, en ce qui concerne l'étendue de la culpabilité : il s'agit alors de savoir si l'agent est coupable de tout ce qu'il a fait ou de tout ce qu'il a voulu faire.

Dans le cas de dol indéterminé, l'agent a *prévu* et, par conséquent, a *voulu*, d'une manière alternative, toutes les conséquences nuisibles que son acte pouvait produire; dès lors, il est tout naturel de le rendre responsable des conséquences qui se sont produites, mais seulement de ces conséquences. C'est ce qu'on exprime par la règle : *dolus indeterminatus determinatur eventu.* Les articles 309 et 311 du Code pénal ont fait application de cette règle, en calculant la peine des coups et blessures volontaires sur la gravité du mal produit par le délit. Il en est de même de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer (art. 16), des articles 317, §§ 5 et 6, 349 et 351 du Code pénal.

la volonté est toujours une condition essentielle de la culpabilité : *voluntas spectatur non exitus.*

La responsabilité de l'agent, dans le cas de dol *éventuel* ou *indirect,* est plus difficile à déterminer. Un certain nombre de distinctions s'imposent.

a) Il est d'abord possible que la conséquence, indépendante du but principal poursuivi, fut *nécessaire*, *fatale* et, de plus, *évidente* aux yeux de l'agent : cette conséquence est alors imputable à l'auteur qui doit en supporter la responsabilité complète comme s'il l'avait voulue. Ici, en effet, il n'est question que, par euphémisme, de *dol éventuel;* en réalité, l'agent serait mal venu à soutenir qu'il n'a pas voulu ce qui était la conséquence fatale de son action ou de son abstention. C'est bien un cas de *dol direct.* L'article 434, § 7, contient une application de cette idée : « Celui qui aura communiqué l'incendie à l'un des objets énumérés dans les précédents paragraphes (édifices, navires, etc.), en mettant volontairement le feu à des objets quelconques appartenant soit à lui, soit à autrui, *et placés de manière à communiquer ledit incendie,* sera puni de la même peine que s'il avait *directement* mis le feu à l'un desdits objets ».

b) Dans d'autres cas, la conséquence, produite par le fait volontaire, était *ordinaire, usuelle;* si elle n'a pas été précisément prévue, elle pouvait et devait l'être; l'auteur ne saurait donc se soustraire à la pleine responsabilité des conséquences du fait qui lui est imputé et qu'il a voulu commettre. Un exemple saillant de cette règle nous est donné par le Code pénal en cas d'incendie de maison habitée ou servant à l'habitation (C. p., art. 434, § 1).

c) La conséquence produite par le fait volontaire n'est pas *habituelle* ou, ce qui revient au même, l'agent ignorait que cette conséquence dût se produire. Dans cette hypothèse, l'intention criminelle disparaît relativement à cette conséquence, puisque l'agent ne l'a pas voulue, même éventuellement : seulement, il existe une faute, plus ou moins grave, qui doit s'ajouter, pour le calcul de la culpabilité, à la faute intentionnelle. C'est le cas de concours du dol et de la faute. Par exemple, dans une rixe,

l'agent porte volontairement des coups ou fait volontairement des blessures qui occasionnent la mort de la victime, sans intention de la donner; l'intention criminelle existe quant aux coups et blessures; il y a faute, quant à l'homicide, à raison du défaut de prévoyance qui a amené la mort de la victime. Dans ce cas, doit-on appliquer à l'agent la peine ordinaire du meurtre? Les anciens criminalistes le pensaient, et l'un d'eux Carpzovius, dans sa *Practica criminalis,* n° 63, avait formulé, en adage, une règle dont il a été bien souvent fait abus : *Danti operam rei illicitæ imputari debet quidquid fuerit præter ejus intentionem ex acto secutum.* Avant la révision du Code pénal par la loi du 28 avril 1832, la Cour de cassation, se rattachant à la tradition, punissait, comme meurtrier, celui qui, par des coups et blessures, avait déterminé la mort de sa victime, sans cependant avoir l'intention de la donner[6]. Par la même raison, elle appliquait la peine de l'avortement à celui qui provoquait l'avortement d'une femme, à laquelle il portait volontairement des coups ou faisait des blessures, dans l'ignorance de son état de grossesse. La révision de 1832 a condamné, comme excessive, la jurisprudence de la Cour de cassation relativement aux coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner et a modifié, en ce sens, l'article 309 du Code pénal, en ne punissant ces coups et blessures que des travaux forcés à temps, tandis que le meurtre est puni des travaux forcés à perpétuité (C. p., art. 304). La même solution s'impose pour l'avortement, on n'appliquera les peines de l'article 317, § 1, qu'à celui qui a eu l'intention de le provoquer. De même, pour l'exposition d'un enfant en bas-âge, la loi distingue suivant que l'enfant a été

punissable, en lui-même, de trois mois à un an d'emprisonnement et de seize à cent francs d'amende (C. p., art. 352). Mais s'il en est résulté des blessures ou la mort, il y a, quant à ce résultat, une faute de l'agent, responsable, dès lors, du délit de blessures ou d'homicide par imprudence (C. p., art. 319 et 320). Le seul fait intentionnel est le délaissement; les blessures ou la mort, ce sont des conséquences que l'agent n'a pas voulues et qu'il pouvait raisonnablement ne pas vouloir, puisqu'elles n'étaient ni nécessaires, ni même habituelles. Seulement, la loi aurait dû faire de la faute une circonstance aggravante du délit intentionnel et non un délit distinct[7].

282. Nous arrivons à la *simple faute,* à l'absence d'intention criminelle. La répression d'une action ou d'une omission inintentionnelle paraît être en contradiction avec cette idée qui forme, dans tous les Codes, la base même de la responsabilité pénale : à savoir que l'homme ne peut être puni que lorsqu'il a volontairement fait le mal. Deux notions corrélatives l'expliquent cependant et la justifient. C'est d'abord l'idée qu'il était possible de prévoir les conséquences de telle action ou de telle omission : la possibilité de prévoir, le « *prévidibilité* », si je puis m'exprimer ainsi, est, en effet, la condition nécessaire et suffisante de la simple *faute :* la condition nécessaire, car, sans la possibilité de prévoir, on rentre dans le *cas fortuit;* la condition suffisante, car, avec la possibilité de prévoir, on reste dans le domaine de la *volonté.* C'est, en second lieu, l'idée de l'*utilité et de la justice de la peine* pour contraindre l'homme, qui est doué de la faculté de prévoir, à se servir de cette faculté, si bien que sa responsabilité se trouve engagée précisément parce qu'il n'a pas fait usage de sa *volonté,* alors qu'il pouvait en faire usage.

Il y a des degrés dans la faute. Les distinctions, anciennes ou modernes, entre la « faute avec prévoyance » et la « faute sans prévoyance », la « faute par omission » et la « faute par commission », la « faute de témérité » et la « faute d'inadvertance », n'offrent pas grand intérêt pratique. Plus importante est la vieille

[7] Surtout, avec le système français du concours de délits (C. instr. cr., art. 365).

distinction romaine entre la faute lourde (*culpa lata*), légère (*culpa levis*), très légère (*culpa levissima*), parce que si la faute lourde touche aux frontières du dol, la faute très légère touche à celles du cas fortuit, et qu'il peut être difficile de classer nettement, dans un domaine ou dans l'autre, les espèces si variées qui se présentent. Les Romains formulaient, à cet égard, des règles qui ne seraient plus vraies aujourd'hui; telles que l'assimilation de la faute lourde au dol. Le juge, qui n'est plus lié par des formules, appréciera souverainement les limites du dol et de la faute, de la faute et du cas fortuit.

Le premier degré de la faute (*culpa lata*) consiste, soit dans un défaut de cette prudence, de cette prévoyance qu'on rencontre habituellement chez les hommes, soit dans l'inobservation des prescriptions légales. Ce sera, la qualification que méritera, par exemple, la faute du chasseur, s'introduisant dans un lieu clos, un parc, pour y suivre le gibier, et blessant ou tuant quelqu'un en action de chasse. Ce sera le cas du voiturier, s'endormant sur sa charrette, et écrasant quelqu'un (C. p., art. 475, § 2; art. 319 et 320).

Le second degré de la faute (*culpa levis*) consiste dans l'imprudence qu'un homme prévoyant n'aurait pas commise. C'est le fait de manier une arme chargée, lorsqu'on ne sait pas s'en servir, ou bien de monter un cheval fougueux, lorsqu'on n'est pas en état de le conduire, et de tuer ou blesser quelqu'un.

Le dernier degré de la faute (*culpa levissima*) consiste dans une absence de cette précaution ou de cette prévoyance dont un homme excessivement prudent ne se serait peut-être pas abstenu. Ce sera, par exemple, la faute à reprocher à celui qui

constitue la faute lourde. Or, dans le dol, même indéterminé, il y a acceptation des conséquences que l'acte peut avoir. C'est toujours la volonté qui s'applique à un acte en raison de ses conséquences. 2° Le cas fortuit est un événement que la prudence humaine ne peut prévoir, ni empêcher. Nul n'en est responsable, parce qu'aucune faute n'est imputable à celui qui peut en être l'auteur. Or, dans la faute, même très légère, il y a une dose, faible il est vrai, de négligence, d'imprévoyance ou d'imprudence.

283. La question capitale que soulève la théorie de la faute consiste à déterminer le point où s'arrête la responsabilité. Celui qui est la cause *médiate, indirecte* d'un fait dommageable peut-il être incriminé comme s'il en était la cause *immédiate* et *directe?* Par exemple, dans un train de chemin de fer en marche, une portière a été laissée ouverte par l'inadvertance d'un employé : un enfant tombe sur la voie; son père affolé se précipite pour le sauver : l'enfant n'a aucun mal, le père est tué. L'employé sera-t-il pénalement responsable de l'homicide, parce que cet accident a pour cause originaire sa négligence, bien que la cause immédiate ne puisse lui en être attribuée? Évidemment, la *causalité juridique,* sur laquelle se base la responsabilité, ne saurait avoir la même étendue que la *causalité matérielle.* Dans cet enchaînement indéfini des causes et des effets, qui est la loi de tout phénomène, on peut constater, parfois, le point de soudure des anneaux successifs qui en forment la trame et faire remonter l'imputabilité matérielle d'un événement à telle action ou à telle omission, souvent fort éloignée. Mais la causalité juridique, qui permet d'imputer un fait au point de vue social et d'en rendre un individu responsable, suppose, entre la faute commise et l'événement qu'il s'agit d'imputer, un rapport certain et direct, c'est-à-dire tel qu'il eût été possible de prévoir que telle action ou telle omission aurait telle conséquence; or, s'il intervient, dans la chaîne des effets et des causes, un nouveau fait, non seulement imprévu, mais venant rompre, en quelque sorte, le lien qui unissait la faute originaire à sa dernière conséquence, le rapport de causalité n'est plus suffisant pour servir de base à la responsabilité pénale. C'est à ce point de vue surtout qu'il est nécessaire de distinguer la *condition* ou

l'*occasion* d'un événement quelconque de sa *cause* directe. Même en acceptant la vieille maxime : *causa causarum est causa causati,* il reste toujours à rechercher si la « cause de la cause » ne serait pas seulement, en réalité, l' « occasion de la cause ». Dans le cas supposé, entre l'omission de l'employé et la chute de l'enfant, on voit bien un rapport de causalité efficiente, une succession de faits qu'on pouvait et, par conséquent, qu'on devait prévoir. Mais quand le père, volontairement, se lance du train sur la voie, alors intervient une nouvelle « cause », « occasionnée », sans doute, par l'inadvertance de l'employé, mais n'ayant jamais pu entrer dans les prévisions de celui-ci.

§ XLIV. — DE L'INFLUENCE DE L'INTENTION SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE.

284. La négation de l'intention criminelle peut être directe, ou bien résulter de l'erreur de fait ou de l'erreur de droit. — **285.** Du cas où l'auteur du fait nie directement l'intention criminelle. — **286.** La classification des infractions en crimes, délits, contraventions, mise en rapport avec la division des infractions en infractions intentionnelles et inintentionnelles.

284. Le prévenu ou l'accusé, qui reconnaît avoir commis l'action ou l'inaction prévue par la loi pénale, dans la plénitude de son intelligence et de sa liberté, mais qui conteste sa responsabilité pénale par défaut d'intention, peut essayer d'établir sa bonne foi : 1° en prouvant directement qu'il n'avait pas l'intention de violer la loi pénale; 2° en établissant qu'il a commis une erreur de fait; 3° en prouvant qu'il a commis une erreur de droit. Que l'on parcoure les diverses hypothèses où la question d'intention est en cause, et l'on verra que toutes peuvent être groupées sous l'un de ces trois chefs. En nous plaçant à ces divers points de vue, nous chercherons à apprécier l'influence et l'effet de ce que l'on a souvent appelé l' « excuse de la bonne foi ».

C'est seulement le premier cas que nous examinerons dans ce paragraphe, réservant l'étude des deux autres pour le paragraphe suivant.

285. L'inculpé, tout en reconnaissant qu'il est l'auteur du

fait incriminé, nie qu'il l'ait voulu en tant que délit. Accusé d'avoir fabriqué un faux testament, il prétend l'avoir fait par simple plaisanterie; d'avoir donné la mort à quelqu'un, il prétend n'avoir pas voulu l'homicide; accusé d'avoir fait inhumer un corps sans l'autorisation préalable de l'officier public, il dit n'être coupable que de légèreté, d'inattention. C'est un aubergiste prévenu de n'avoir pas inscrit sur son registre le nom d'un voyageur qui a passé la nuit dans son hôtel : il prétend que c'est par oubli. Le résultat de ce moyen de défense, s'il est, en fait, accueilli par le juge, sera, tantôt de faire disparaître toute infraction, tantôt d'en modifier simplement le caractère et la gravité; tantôt, au contraire, ce moyen sera sans influence sur la criminalité légale. On doit, en effet, distinguer, au point de vue de l'intention, trois classes de délits : 1° Il est un grand nombre de faits pour lesquels la loi recherche l'*intention directe* ou *indirecte, générale* ou *spéciale,* et qu'elle déclare impunis en l'absence de cette intention, quand même ils impliqueraient une imprudence, une négligence de la part de l'agent. Ainsi, dans le cas cité, celui qui fabrique un testament, même par plaisanterie, commet, sans doute, une faute. La loi cependant ne le punit pas; elle considère que l'altération d'écritures est le plus souvent intentionnelle et que, dans le cas contraire, le préjudice social qui en résulte n'est pas assez grave pour mériter une peine; elle laisse donc échapper les faits de cette nature, lorsqu'ils sont commis sans intention; 2° Il est d'autres faits, que la loi punit plus ou moins sévèrement, suivant qu'ils sont commis avec ou sans intention, pourvu, dans ce dernier cas, qu'une *faute,* consistant dans un *défaut de précaution* ou *de prévoyance,* puisse être reprochée à leur auteur. La loi pense que ces faits sont souvent commis sans intention, mais que les conséquences n'en sont pas moins dommageables, et elle exige, pour les éviter, des précautions et une prévoyance qui ne sont pas exigées dans d'autres cas. Il en est ainsi, par exemple, de l'homicide, des coups et blessures, de l'incendie (C. p., art. 295 et 319, 309 et 320, 434 et 458); 3° Enfin, il est d'autres faits que la loi punit sans avoir égard à l'intention. Elle pense qu'ils sont presque toujours commis par simple négligence; elle tient

cependant à les réprimer; car leur fréquence, dans le cas contraire, compromettrait l'intérêt public. On qualifie souvent ces infractions d'*infractions matérielles*. Mais cette expression tendrait à faire croire qu'il s'agit d'actes pour lesquels le juge n'a pas à examiner le problème de la culpabilité, ce qui serait une erreur. Si donc l'agent est en état de démence, s'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, s'il n'a pas eu le discernement de ses actes, il ne peut être déclaré responsable. Ce que l'on veut simplement exprimer, c'est que l'élément intentionnel n'est pas nécessaire pour que la culpabilité pénale existe en ce cas. On confond ainsi, dans cette forme vicieuse de langage, l'élément intentionnel, souvent inutile, avec l'élément moral, toujours nécessaire.

286. Quel rapport faut-il établir entre cette classification rationnelle et celle que fait le Code pénal des infractions, en *crimes, délits, contraventions?*

a) Les *crimes* et les *délits de police correctionnelle* rentrent certainement dans la première catégorie. Pour ces infractions, même dans le silence de la loi, l'intention criminelle, générale, spéciale, ou plus spéciale, est une condition distincte, qui s'ajoute aux conditions ordinaires de l'imputabilité, le défaut d'intention aux causes d'irresponsabilité pénale. En ce qui concerne les *crimes*, cette proposition trouve sa justification dans l'histoire même de nos Codes. Sous l'empire du Code de brumaire an IV, le jury était, en effet, par une question distincte et séparée, interrogé sur le point de savoir si l'accusé avait eu l'*intention* coupable, et l'accusé devait être acquitté, en cas de réponse négative du jury (art. 374, 379, 393, 397 et 425). Le

Or, les *délits* sont des faits de même nature, quoique moins graves, que les crimes : les mêmes principes leur sont appliqués par le législateur dans les trois premiers livres du Code pénal. Les crimes et les délits sont donc des infractions intentionnelles.

Voilà le principe sur lequel il ne peut y avoir de doute. Il a été reconnu dans l'exposé des motifs du Code pénal : « Tout crime ou délit, disait Faure, se compose du fait et de l'intention[2] ». Mais il existe bien des exceptions. Il est un grand nombre de faits qui sont frappés de peines correctionnelles, quelques faits frappés de peines criminelles, et que le législateur punit, alors même qu'ils ont été commis sans intention, de bonne foi, par négligence ou imprudence. Pour reconnaître que l'intention n'est pas à considérer quand il s'agit de ces faits, à quel point de vue faut-il se placer? Quel est le diagnostic de la distinction entre les délits intentionnels et les délits inintentionnels? La loi manifeste parfois sa volonté de punir la faute inintentionnelle par les termes dont elle se sert, ce qui supprime toute difficulté. Ainsi en matière d'évasion (C. p., art. 238 et suiv.), de bris de scellés (C. p., art. 249), de soustraction de pièces dans les dépôts publics (C. p., art. 254), etc. Mais pour savoir si un délit implique, comme élément constitutif, l'intention ou la simple faute, il faut consulter, non pas seulement la disposition *explicite* du texte, mais la volonté *implicite* du législateur. On peut conclure, en effet, soit de la *nature* du fait incriminé, soit du *but* que s'est proposé le législateur en l'ordonnant ou en le défendant, que la simple faute est punissable, même en matière criminelle et correctionnelle. Il est alors interdit aux juges, suivant les termes d'une loi du 9 floréal an VII sur les douanes, « *d'excuser les contrevenants sur l'intention* ».

Je crois devoir classer, sous trois chefs principaux, les dispositions nombreuses qui punissent certains faits de peines correctionnelles, parfois même de peines criminelles, sans avoir égard

[2] Il est vrai que Faure confondait la volonté et l'intention, puisqu'il ajoutait que l'intention ne pouvait exister au cas de démence ou de contrainte. Or, dans ces cas, ce n'est pas seulement l'intention, c'est la volonté qui est absente.

à l'intention. 1° Dans un grand nombre de cas, les actions ou inactions incriminées ont pour auteurs des fonctionnaires ou officiers publics (C. p., art. 119, 120, 127, 129 à 131), des gardiens de scellés (C. p., art. 249, 250), des fournisseurs (C. p., art. 430 à 433), des préposés à la garde des détenus (C. p., art. 237 à 248). Or, toutes ces personnes, à raison de la nature même de leurs fonctions, sont tenues d'apporter à l'*accomplissement de leur devoir professionnel,* une attention particulière. La négligence dont elles font preuve peut être érigée en délit pénal, tout en constituant une infraction disciplinaire, parce que l'absence même des précautions qu'elle implique est de nature à présenter de graves inconvénients pour la société. Vis-à-vis de ces personnes, la loi distingue donc le fait commis « *à dessein* », du fait commis par « *négligence* ». 2° Dans d'autres cas, la loi se place au point de vue du *dommage* causé par une action ou une abstention intentionnelle : elle juge ce dommage si grave que l'on ne saurait assez réfléchir pour éviter tout acte de nature à le produire. Une action ou une abstention imprudente peut avoir pour conséquence un homicide, des blessures, un incendie, un accident de chemin de fer, et il est naturel que la loi punisse l'homme qui n'emploie pas ses facultés à l'éviter (C. p., art. 319, 320, 458). 3° Enfin, dans d'autres cas, il s'agit de prescriptions réglementaires, se rattachant au bon ordre dans la cité, aux intérêts financiers de l'État, ou à l'administration publique. Or, l'intérêt général nous impose, à ce point de vue, des devoirs dont l'inobservation doit être réprimée, alors même qu'elle aurait été commise sans intention (C. p., art. 199 et 200). C'est, dans cette troisième catégorie que rentrent la plupart des délits-contraventions prévus par les lois spéciales.

b) Pour les *contraventions de police,* la règle est toute différente : l'intention, à moins d'exception contraire, qui ne peut résulter que d'un texte de loi, n'y est pas exigée comme condition générale de la culpabilité. Ce caractère des contraventions résulte : 1° de leur *nom* même, qui indique le simple fait matériel d'être venu contre la loi (*contra venire*) ; 2° de l'*énumération,* par les articles 471 et suiv. du Code pénal, des infractions à la police générale, énumération qui nous montre le législateur

punissant de simples faits de négligence ou d'imprudence; 3° enfin des *exceptions* par lesquelles le législateur confirme la règle, puisqu'il indique expressément les hypothèses dans lesquelles l'intention est nécessaire pour donner lieu à une répression (C. p., art. 471, § 11; 478, § 8; 479, § 9)[3].

§ XLV. — DE L'INFLUENCE DE L'ERREUR SOIT DE DROIT, SOIT DE FAIT SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

287. Comparaison entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Quatre groupes de législations. — **288.** De l'ignorance ou de l'erreur de droit. — **289.** De l'ignorance ou de l'erreur de fait. Distinction. — **290.** Éléments constitutifs. — **291.** Circonstances accessoires. — **292.** Erreur sur l'état ou la qualité.

287. Quelle est l'influence de l'ignorance ou de l'erreur sur l'imputabilité pénale? « La notion exacte d'une chose peut nous « manquer, soit parce que nous n'en avons aucune idée, soit « parce que nous en avons une idée fausse. Dans le premier cas, « il y a *ignorance,* dans le second, *erreur*[1]. » L'une et l'autre peuvent porter soit sur le *fait,* soit sur le *droit.* Il y a *erreur de droit,* lorsque l'agent, connaissant bien les conditions de fait de l'action qu'il a accomplie, a ignoré la loi pénale qui la prohibe; il y a *erreur de fait,* lorsque l'agent, connaissant bien la loi pénale, s'est trompé sur les circonstances de l'action même.

On est universellement d'accord pour admettre que l'ignorance de droit ne peut être une cause d'irresponsabilité ou d'excuse. Et, en conséquence, on pose, en dogme, que la loi pénale, dès sa promulgation, doit être connue ou est censée connue de tous.

A l'inverse, la règle que l'ignorance de fait est une cause d'irresponsabilité, parce que, en pareil cas, il ne peut exister de rapport de causalité entre la prévision et l'événement accompli, est universellement admise, au moins comme principe général.

Le droit romain consacrait déjà cette opposition entre l'erreur

[3] Cfr. Cass., 13 nov. 1858 (S. 59.1.447); 27 avr. 1866 (S. 67.1.47); Perrot de Chézelles, *Rev. crit.*, t. XIV, p. 70; Blanche, *op. cit.*, t. II, n° 256.

§ XLV.[1] Savigny, *Traité de droit romain* (trad. Guenoux), t. III, p. 116.

ou l'ignorance de fait et l'erreur ou l'ignorance de droit[2]. Les législations modernes sont unanimes à la reconnaître. Elles diffèrent seulement sur la manière dont elles l'expriment. On peut, à ce point de vue, les répartir en quatre groupes. 1° Dans le premier, figurent les législations qui prévoient les deux cas, et décident, en conséquence, que l'erreur de fait exonère de la responsabilité, tandis que l'erreur de droit n'en exonère pas. Ainsi procèdent le Code pénal autrichien (§ 3 *e*), le Code pénal hongrois (§§ 81 et 82). 2° Le second groupe élimine des dispositions de la législation positive tout ce qui se réfère à l'erreur de fait, en s'exprimant seulement sur l'erreur de droit qui ne saurait être une cause d'irresponsabilité. A ce groupe appartiennent le Code pénal italien (art. 44), le Code pénal danois (§ 42), le Code pénal portugais (art. 29). 3° Nous pouvons classer, dans le troisième, les législations, qui s'abstiennent de rappeler le principe évident d'après lequel la loi pénale est censée connue de tous et qui limitent leurs prévisions à l'erreur de fait. C'est la manière de procéder, par exemple, du Code pénal allemand (§ 59), du Code pénal russe. 4° Enfin, un groupe important de législations ne s'occupe ni de l'erreur de droit, ni de l'erreur de fait, jugeant inutile d'exprimer des principes traditionnels et incontestables. Cette méthode est adoptée par le Code pénal français et le Code pénal belge. Nous constatons le même procédé dans les Codes espagnol, hollandais, norvégien et la plupart des Codes suisses.

288. *Du cas où l'auteur du délit invoque l'ignorance ou l'erreur de droit.* — L'agent peut-il établir sa bonne foi, en prouvant que, soit par ignorance de la loi, soit par l'interpré-

ticle 199 du Code pénal n'est pas applicable au mariage des étrangers; un candidat à la députation fait acte de candidature avant d'avoir passé déclaration à la préfecture, dans la conviction que la loi du 17 juillet 1889 (art. 4) a été abrogée ou est tombée en désuétude. Dans ces trois cas, il y a une simple erreur de droit. Dans d'autres, il y aura ignorance. Par exemple, un individu ignore que, par arrêté municipal, il soit interdit, dans telle rue, le jour du marché, de conduire son cheval autrement qu'au pas. Qu'il y ait ignorance ou erreur, la règle est la même. La loi, *publiée* et *promulguée,* doit être appliquée à tout individu, qu'il l'ait ou non connue, qu'il l'ait bien ou mal interprétée, parce que tout individu est à même de la connaître et de s'en faire instruire au besoin et peut se reprocher à faute de l'avoir ignorée. C'est dans ce sens, et seulement dans ce sens, qu'il faut entendre l'adage : *nemo jus ignorare censetur,* qui est le complément indispensable de toute législation pénale. La loi doit être promulguée pour être obligatoire : un délai est donné aux individus qui y sont soumis pour en prendre connaissance; mais, après l'expiration de ce délai, il doit être interdit aux autorités chargées d'appliquer la loi d'admettre comme excuse l'ignorance ou l'erreur portant sur ses dispositions[3]. L'efficacité de la volonté commune ne saurait, en effet, dépendre de la volonté et de la négligence des individus. Du reste, la *punibilité* des actions *criminelles* et *correctionnelles* est claire pour tout homme ayant le discernement de ses actes, en dehors même de toute connaissance spéciale de la loi. Quant à celle des *contraventions*[4], elle se fonde sur ce que l'autorité publique ayant soin de rendre *possible* la connaissance de la loi,

[3] Jurisprudence et doctrine constantes : Cass., 17 juill. 1839 (S. 39.1. 718); 28 juin 1862 (D. 62.1.305); Orléans, 22 avr. 1863 (D. 63.2.88); Cass., 12 août 1881 (S. 81.1.439); Cass., 8 sept. 1892 (D. 93.1.358); Toulouse, 17 déc. 1884 (S. 85.2.80); Lyon, 4 janv. 1884 (deux arrêts) (D. 84.2.159); Ortolan, *op. cit.*, t. I, n° 388; Blanche, *op. cit.*, t. II, n° 268; Lainé, *op. cit.*, n° 204.

[4] Dans le droit romain, l'*ignorantia legis* est une cause d'excuse dans l'*incestus juris civilis* et dans quelques autres cas. L. 38, §§ 2, 4, 7, D. *Ad leg. Jul. de adult.* Il serait illogique de généraliser cette disposition en l'étendant, comme on a voulu le faire parfois, aux *delicta juris civilis.*

l'individu qui y contrevient est en *faute* de ne pas s'en être fait instruire.

Cependant, si nécessaire que soit la règle d'après laquelle nul n'est admis à se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas connu la loi, la règle n'est pas absolue : elle reçoit deux exceptions, l'une formelle, l'autre résultant des principes mêmes de l'imputabilité.

a) La première exception a été introduite, contre toute tradition, par le décret du 5 novembre 1870, sur la promulgation et la publication des lois. L'article 4 porte : « Les tribunaux et « autorités administratives et militaires pourront, selon les cir- « constances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les « contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de « trois jours francs à partir de la promulgation ». Il résulte du texte : 1° que cette diposition n'est applicable que dans le cas où la publication s'accomplit par un délai inférieur à trois jours; 2° qu'elle n'est relative qu'aux lois pénales, car le texte n'admet à l'invoquer que les « contrevenants ». Cette disposition, dont il ne sera jamais fait que de rares applications, n'a pas, je crois, de précédents dans notre législation.

b) La seconde exception résulterait de circonstances, absolument exceptionnelles, qui auraient rendu la connaissance de la loi, par le contrevenant, non pas seulement difficile, mais impossible. Il faudrait, dans ces cas, admettre quelque tempérament à la règle. Il le faudrait, tout d'abord et surtout, pour les délits de droit positif (*delicta juris civilis*), parce que, relativement à eux, l'imputabilité n'aurait aucune base; et, quand même il s'agirait de délits de droit naturel (*delicta juris gentium*), il le faudrait encore, parce que le châtiment a sa raison d'être, non dans

289. *Du cas où l'auteur du délit invoque l'ignorance ou l'erreur de fait.* — L'ignorance ou l'erreur, relative à un état de fait, exclut l'imputabilité. Cette proposition est tellement évidente que la plupart des Codes actuels gardent le silence sur son application. Évidemment, si, croyant tuer un sanglier, je tue un homme; si, croyant mettre du sucre dans une tasse de café, j'y mets de l'arsenic, je pourrais être accusé d'une inconcevable distraction, mais personne ne songera à m'accuser d'un crime : *voluntas, non factum puniendum est.* Mais ceci n'est vrai qu'à une condition, c'est que l'ignorance ou l'erreur de fait ne résulte pas de ma propre négligence; ou, autrement, l'ignorance ou l'erreur serait bien, pour moi, une circonstance imprévue, mais que je pouvais et devais prévoir : l'ignorance et l'erreur n'écartent donc pas la responsabilité, lorsque la responsabilité dérive de la *faute.* Aussi, les anciens praticiens, quand ils traitaient de l'erreur de fait, se référaient toujours à une *erreur invincible.* J'ai cru tuer un sanglier, mais la position que j'occupais et la direction possible ou probable du projectile étaient de nature à faire naître, chez tout homme raisonnable, le soupçon qu'un voyageur ou un chasseur pouvait se trouver à portée du coup de fusil; j'ai pris de l'arsenic pour du sucre, mais je ne me suis pas assuré, avant de m'en servir, de la nature de la substance que j'employais, car cette substance ne se trouvait pas placée, dans le récipient ordinairement destiné à contenir du sucre : dans ces cas et autres semblables, j'explique bien l'homicide ou l'empoisonnement par une erreur de fait, mais je l'explique, en même temps, par une faute, qui m'est imputable, parce que si j'avais fait usage de mes facultés, j'aurais pu facilement *vaincre* l'erreur, en prévoyant l'accident que je n'ai pas prévu, mais qu'il m'était cependant possible de prévoir[6].

d'une disposition de pur droit positif qu'il ne pouvait pas connaître ? Sur la question : Turin, 6 avr. 1808 (D. J. G. v° *Peine*, n° 373, § 2; v° *Mariage*, n° 196); Nîmes, 13 juin 1874 (D. 77.5.366); Metz, 3 juill. 1850 (D. 51.2.137). Voy. Alimena, *op. cit.*, t. I, p. 363 à 372; Molinier, *Traité*, t. II, p. 209.

[6] Un certain nombre de Codes étrangers expriment formellement que l'ignorance du fait n'exclut pas l'imputabilité quand elle résulte d'une faute. Voy. Code pénal allemand (§ 59); Code pénal hongrois (§ 94).

L'application de ces idées doit être suivie dans trois situations.

290. La première se présente, lorsque l'erreur porte sur un des *éléments essentiels* du délit poursuivi. Ainsi, croyant administrer une substance inoffensive ou même bienfaisante, l'agent, par erreur, a administré un poison ; croyant épouser une veuve, il a épousé une femme mariée ; croyant payer avec une monnaie qu'il avait reçue pour bonne, l'agent a émis de la fausse monnaie. Dans ces cas et autres semblables, quelle sera l'influence de cette ignorance ou de cette erreur de fait sur l'imputabilité? Nous avons déjà tous les éléments de la solution : ils nous permettent de formuler deux règles :

a) Le *cas fortuit,* c'est-à-dire l'événement auquel la volonté n'a eu aucune part et que la prudence humaine était dans l'impuissance de prévenir, ne peut jamais engager la responsabilité pénale ni même la responsabilité civile. Toute culpabilité disparaît donc si le mal causé doit être considéré comme un *accident,* si tout homme raisonnable eût pu, dans les mêmes circonstances, se trouver dans la même ignorance ou tomber dans la même erreur ; en un mot, si *aucune faute* ne peut être reprochée à l'agent. Et il en est ainsi quelle que soit l'infraction. Sans doute, l'absence de toute faute sera difficilement admissible en matière de contraventions. Cela toutefois est possible : ainsi, je ne déclare pas, aux employés de l'octroi d'une ville, un objet, qui, à mon insu, a été glissé dans ma voiture : ce fait ne m'est pas *personnellement* imputable ; il constitue, en ce qui me concerne tout au moins, un pur accident[1]. L'erreur était invincible.

b) Une faute non intentionnelle peut-elle être reprochée à l'agent? Il faut rechercher alors si, dans le délit dont il est question, la loi punit une faute de cette nature. Si oui, l'absence d'intention, résultant de l'erreur ou de l'ignorance, ne sera pas une cause d'irresponsabilité, mais modifiera, peut-être, le caractère de l'infraction et la mesure de la culpabilité; c'est ce qui doit être décidé en cas d'empoisonnement (C. p., art. 301 et 317, § 3), ou d'homicide (C. p., art. 319); si non, — et il en est ainsi en matière de bigamie, d'adultère, de faux, de fausse monnaie, — l'imputabilité pénale disparaît, le dol étant incompatible avec l'erreur.

291. L'ignorance et l'erreur peuvent porter sur des *circonstances accessoires* du fait, constitutives d'une aggravation légale. Quel en est l'effet sur l'imputabilité? Deux opinions ont été soutenues : 1° Dans les idées des anciens criminalistes, l'ignorance et l'erreur ne relevaient pas, en général, le coupable de l'aggravation de peine. On considérait qu'il y avait dol déterminé quant au fait principal, dol indéterminé quant au fait accessoire. Cette opinion paraît être suivie par la jurisprudence française. Elle a été notamment appliquée à propos de la communication aux complices des circonstances aggravantes qui se rencontrent dans la personne de l'auteur principal (C. p., art. 59). En dehors même de cette solution, que paraît expliquer le système du Code pénal français sur la complicité, on trouverait d'autres applications de la même idée. Ainsi, celui qui aura commis le crime de viol sur la personne d'une enfant au-dessous de quinze ans, qu'il croyait plus âgée, subira, malgré son erreur, l'aggravation de peine établie par l'article 332 du Code pénal à raison de l'âge de la victime. 2° Dans une seconde opinion, évidemment plus juridique, l'ignorance exclue toute imputabilité intentionnelle relativement au fait ignoré. C'est la solution que consacre, par exemple, l'article 69 du Code pénal de Neuchâtel du 12 février 1891 : « Si l'auteur de l'infraction ignorait l'existence de circonstances qui en constituent le caractère délictueux, ou qui en aggravent la peine, ces circonstances ne lui seront point imputées. A l'égard des actes involontaires commis par imprudence ou négligence, cette dernière disposi-

tion n'est applicable qu'autant que l'ignorance n'est pas elle-même le résultat d'une négligence ou d'une imprudence ».

292. Enfin, l'ignorance ou l'erreur peut être relative, soit à l'*état*, soit à l'*identité* de la victime.

Dans le premier cas, l'ignorance ou l'erreur doit enlever au fait la criminalité spéciale dont cet état serait constitutif et modifier la nature et la qualification de l'acte, par suite de l'absence d'intention qu'implique l'ignorance ou l'erreur. Ainsi, un individu donne la mort à une femme qu'il ignore être sa mère naturelle : s'il a l'*animus necandi* qui caractérise le meurtrier, il n'a pas l'intention de tuer sa mère qui caractérise le parricide. Le fait qu'il aura commis, dans cet état d'esprit, ne sera donc pas un parricide, mais un meurtre (C. p., art. 295 et 304).

Dans le second cas, l'erreur qui ne porte que sur la personne, sujet passif du délit, ne saurait modifier la criminalité, lorsqu'il existe une intention criminelle relativement au fait lui-même. Cette solution sera développée à propos du meurtre. Nous nous contentons de l'indiquer ici.

§ XLVI. — PROCÉDURE EN CE QUI CONCERNE LES CAUSES DE NON CULPABILITÉ, AUTRES QUE LA FAIBLESSE DE L'AGE

293. Règles de la procédure dans ce cas.

293. Il importe, en ce qui concerne la procédure, de tenir compte des observations suivantes :

1° La culpabilité étant la condition essentielle du procès pénal, les causes qui l'excluent doivent être examinées par les juridictions d'instruction pour déclarer qu'il n'y a lieu de suivre, si elles sont fondées, comme par les juridictions de jugement pour déclarer qu'il y a lieu d'acquitter. Les questions de démence et de contrainte, l'absence d'intention criminelle se poseront, par conséquent, dans les deux phases du procès pénal, celle de l'instruction et celle du jugement (C. instr. cr., art. 128 et 229).

2° Qui aura la charge d'en faire la preuve? Une distinction s'impose. La contrainte et la démence, constituant un état excep-

tionnel, puisque la plupart des hommes, arrivés à un certain âge, ont le discernement et la liberté de leurs actes, c'est à la défense qu'incombera la charge d'établir que l'accusé ou le prévenu était en état de démence ou de contrainte au temps de l'action. Quant à l'absence d'intention criminelle, elle est, au contraire, présumée, parce que l'intention est un élément ordinaire de l'infraction et que le ministère public a le devoir d'établir l'existence directe de tous les éléments qui la constituent. Toutefois, si le prévenu se prévaut d'une erreur de droit, dans les circonstances exceptionnelles où cette erreur pourrait être une cause d'irresponsabilité, il doit directement l'établir, car il a contre lui la présomption : *nemo censetur ignorare legem.*

3° En cour d'assises, les questions de démence, de contrainte, d'intention criminelle[1] ne sont pas formelles et distinctes ; elles sont comprises dans la question générale de culpabilité (C. instr. cr., art. 337). Ce qui n'empêche pas qu'elles ne puissent en être détachées, si la cour d'assises estime qu'il soit utile de le faire. Ce système est différent de celui de la législation antérieure. Le Code du 3 brumaire an IV, à l'exemple de la loi du 16-29 septembre 1791, décidait, dans ses articles 374 et 393, que les questions sur la moralité du fait, résultant de l'acte d'accusation, de la défense ou des débats, seraient séparées de celles concernant l'élément matériel. On sait que ce mode de procéder présentait l'inconvénient d'appeler le jury à faire des distinctions psychologiques auxquelles ses origines ne le préparaient guère.

4° Il appartient à la Cour suprême de contrôler le caractère légal des faits, souverainement constatés, dans lesquels les juges ont cru voir la démence, la contrainte, l'absence d'intention criminelle[2].

§ XLVI. [1] Ainsi, pour la question d'intention, virtuellement posée par la question de culpabilité : Cass., 29 juin 1889 (*B. cr.*, n° 236). Conf. BLANCHE, *op. cit.*, t. I, n° 217.

[2] S'il appartient aux juges du fait de décider, d'après les circonstances, que le prévenu a agi sans intention criminelle, sa déclaration, à cet égard, tombe sous le contrôle de la Cour de cassation, lorsqu'elle est en opposition flagrante avec les constatations mêmes du jugement ou de l'arrêt : Cass., 7 mai 1857 (D. 57.1.317); 7 juill. 1859 (D. 59.1.285); 28 juin 1862 (D. 62.1. 305); 14 mai 1881 (D. 82.1.89).

§ XLVII. — DES CAUSES DE JUSTIFICATION EN GÉNÉRAL

294. Distinction entre les causes de justification et les causes de non culpabilité. — **295.** Causes de justification générales. Causes de justification spéciales. Il ne faut pas les confondre avec l'absence d'un élément constitutif. — **296.** Du consentement de la personne lésée considéré comme cause de justification.

294. L'acte, qui constitue l'infraction, n'est incriminé que s'il a eu lieu en violation du droit. La peine n'est prononcée que pour protéger la sphère juridique d'activité de chacun de nous. Or, un fait, bien que rentrant dans la définition légale d'un délit, bien qu'exécuté avec intelligence et volonté, peut n'être pas criminel, parce que l'agent avait le *droit* ou même le *devoir* de l'accomplir. Je réserve à ces circonstances, qui détruisent la criminalité même d'une action, le nom de *faits justificatifs*. L'agent, auquel le fait est certainement imputable, peut, en effet, répondre, si on lui reproche l'acte accompli : « *Feci, sed jure feci* » ; et la conséquence de son moyen de défense, s'il est accueilli, sera la *justification* même de l'acte. C'est ce qui arrive dans les deux cas suivants : 1° Le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime ; 2° Le fait a été commis par l'auteur en état de légitime défense.

a) Entre les *causes* de *non culpabilité*, comme la démence, et les *causes* de *justification*, comme la légitime défense, il y a des ressemblances telles que beaucoup d'auteurs ne les distinguent pas. La loi, elle-même, dans les textes où elle s'occupe des unes et des autres, se sert, pour en caractériser les effets,

juridictions d'instruction, pour se prononcer sur le point de savoir s'il y a lieu de mettre en prévention ou en accusation, doivent examiner les faits justificatifs, comme les cas de non culpabilité. Enfin, la preuve des causes de justification est à la charge de la défense, comme la preuve de la contrainte ou de la démence.

Il existe cependant des différences dans la situation de l'inculpé qui invoque un fait justificatif, comme la légitime défense, ou une cause de non culpabilité, comme la contrainte. 1° La légitime défense a donné à l'inculpé le droit de faire l'acte : il n'est responsable de cet acte, ni au point de vue *pénal,* ni au point de vue *civil;* on ne peut pas plus le punir qu'exiger de lui des dommages-intérêts[1]. La contrainte, au contraire, ne donne pas le droit de faire l'acte : il peut subsister, par conséquent, malgré la contrainte, une certaine responsabilité à la charge de l'agent; et il n'y aurait aucune contradiction entre deux décisions, dont l'une acquitterait un individu du chef de meurtre, parce qu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, et dont l'autre le condamnerait cependant, à raison du même fait, à des dommages-intérêts. En un mot, la démence, la contrainte suppriment, dans le délit, l'élément moral, mais non

§ XLVII. [1] Le Code pénal de 1791, en disant de l'homicide commis en état de légitime défense qu'il n'existe point de crime et qu'il n'y a lieu de prononcer aucune peine, ajoutait : « *ni même aucune condamnation civile* ». Ces mots ont disparu du Code pénal actuel, et avec raison, car l'irresponsabilité civile peut ne pas exister s'il y a eu *excès de défense,* quoique, dans ce cas, il y ait lieu, à notre avis, de prononcer un renvoi d'instance au point de vue de la responsabilité pénale. Ce sera donc une question de *fait* à examiner et à résoudre dans chaque espèce. Ce que je veux dire, c'est qu'il y aurait contradiction entre deux décisions, dont l'une motiverait un renvoi d'instance sur l'état de légitime défense, et dont l'autre condamnerait cependant l'inculpé à des dommages-intérêts, *sans s'expliquer davantage.* Il est nécessaire que les deux décisions puissent se concilier. Or, rendues dans ces termes, elles sont inconciliables. *Sic,* Cass., 23 févr. 1865 (*B. cr.*, n° 44, p. 71); 12 déc. 1873 (*B. cr.*, n° 308, p. 579). Cfr. Limoges, 24 juin 1884 (D. 85.2. 21), et la note; Lyon, 5 mai 1887 (*Monit. judic. de Lyon,* 9 juill. 1887). Bidart, *Étude sur l'autorité, au civil, de la chose jugée au criminel,* p. 135, examine la question avec quelques détails. Comp. Lainé, *op. cit.*, p. 173, n° 230.

l'élément légal. 2° La légitime défense est une cause de justification pour tous ceux qui ont assisté l'agent; car, on ne peut concevoir une participation criminelle à des actes justifiés par la loi; c'est donc une circonstance qui agit *in rem*, pour effacer la criminalité du fait. La contrainte et la démence ne peuvent être invoquées, en cas de participation de plusieurs à l'infraction, que par celui des codélinquants dans la personne duquel elles se rencontrent; ce sont des circonstances qui agissent *in personam*, pour détruire, non la criminalité du fait, mais la culpabilité de l'agent.

b) Une autre confusion, souvent commise[2], consiste à faire des causes de justification des applications spéciales du cas général de *contrainte morale*. On invoque, à l'appui de ce point de vue, les termes mêmes de l'article 328, impliquant l'idée d'une contrainte. Mais ces expressions, qui peuvent être employées dans la langue ordinaire, doivent être écartées du langage scientifique. L'expression de *contrainte* éveille une idée contraire à celle de *justification*. Celui qui invoque la contrainte s'*excuse;* celui qui invoque la légitime défense se *justifie*. Dans l'état de légitime défense, par exemple, que voyons-nous? Un individu, menacé dans ses droits, sa vie, sa liberté, qui veut les protéger et les maintenir contre une attaque injuste et actuelle : c'est le *droit* luttant contre l'*injustice*. Au contraire, dans l'état de contrainte, l'individu, qui agit pour maintenir ou protéger ses droits, ne le fait qu'en violant les droits d'autrui. Y a-t-il une analogie quelconque, entre les deux situations? Dans le premier cas, la victime est coupable, et l'agent dans son droit. En cas de contrainte, l'acte a été commis sur un innocent. Il ne faut donc pas rattacher les faits justificatifs à la contrainte, ce serait les diminuer, les dépouiller de leur caractère essentiel qui est de constituer l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir[3].

[2] Voy., par exemple : Le Sellyer, *Traité de la criminalité*, t. I, n. 94; Trébutien, *op. cit.*, t. I, p. 132 et suiv.; Rauter, *op. cit.*, t. I, n° 73; Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 360; Boitard, art. 64, p. 194; Molinier, *Traité*, t. II, p. 183 à 208.

[3] Lainé, *op. cit.*, n° 232.

295. La légitime défense et l'ordre de la loi sont les seules causes de justification qui aient un caractère général. On pourrait en citer quelques autres, spéciales à certaines infractions déterminées. Ainsi, l'article 27 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, qui reproduit la définition traditionnelle de la diffamation, punit, sous ce nom, la médisance comme la calomnie; mais l'article 35 décide que « la vérité du fait diffamatoire », quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie, dans le cas d'imputation contre certaines personnes, et amener le renvoi d'instance du prévenu. Nous trouvons, dans cette *exceptio veritatis,* un exemple saisissant d'un fait qui justifie l'agent, parce qu'il efface la criminalité de l'acte. Ainsi encore, le devoir d'éducation, dont sont tenus les père et mère envers leurs enfants, les autorise à user, à leur égard, de certains moyens de contrainte qui constitueraient des arrestations et des séquestrations illégales, s'ils étaient employés par d'autres personnes, ou de certaines mesures de correction qui pourraient constituer, de la part de tout autre, des violences légères. Le Code pénal, il est vrai, à la différence d'un certain nombre de Codes étrangers, s'est abstenu de réglementer, au point de vue des abus possibles, le droit de correction paternelle. Mais il s'en réfère, sur ce point, à l'usage et aux mœurs. Et, il est certain que des parents, qui auraient corrigé leur enfant sans excès, pourraient invoquer leur droit comme cause de justification, s'ils étaient poursuivis.

On a souvent confondu, et nous l'avons fait nous-même, dans la première édition de cet ouvrage[4], les *faits justificatifs spéciaux* avec l'absence d'un des *éléments constitutifs* du délit. Mais il existe entre ces deux notions une différence essentielle. Au point de vue de sa nature juridique, le fait justificatif implique l'existence de tous les éléments matériels ou moraux du fait incriminé. L'agent a produit *avec intention* le résultat préjudiciable que prévoit la définition d'un délit, mais la responsabilité de cet acte n'est pas délictueuse, parce que l'auteur a agi conformément à son droit. Au contraire, les cas souvent assi-

[4] Même confusion dans LAINÉ, *op. cit.*, n° 230.

milés aux causes de justification impliquent l'inexistence d'un des éléments du délit lui-même. Ainsi, le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (C. p., art. 379); or, une chose mobilière qui vous appartient, est possédée par un individu qui la retient à tort : vous enlevez cette chose, dans le lieu où elle se trouve, sans violation de domicile, sans voies de fait ou menaces : si on vous traduit en police correctionnelle pour vol, la preuve que la chose vous appartenait sera moins la preuve d'un fait justificatif du vol que la preuve de l'absence d'un des éléments constitutifs de ce délit. De même, vous incendiez votre propre maison, qui n'était ni habitée ni servant à l'habitation, sans porter préjudice à autrui : si on vous poursuit pour incendie, vous établirez, par cette circonstance, l'absence de l'une des conditions essentielles de l'incendie punissable (C. p., art. 434). Il résulte de la différence de nature entre ces divers moyens de défense que le fardeau de la preuve pèse sur le prévenu lorsqu'il invoque un fait justificatif, qu'il pèse sur le ministère public lorsque celui-ci prétend que tous les éléments du délit sont réunis. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le résultat est le même : l'agent ne peut être déclaré coupable. Il n'est donc pas nécessaire d'interroger le jury, par une question spéciale, distincte de la question de culpabilité, puisque l'accusé n'est pas coupable, soit qu'il ait pu se justifier de l'acte qui lui est reproché, soit qu'il manque à cet acte un des éléments qui permettent de l'incriminer.

296. Le consentement de la victime du fait délictueux a-t-il pour effet d'écarter la responsabilité de l'agent? Il faut mettre à part, quand on examine cette question, les délits qui impliquent, à titre d'élément essentiel, que le fait a eu lieu contre la volonté de la personne qui en est victime : dans ces hypothèses, en effet, le consentement donné à l'avance est exclusif de l'infraction; il en est ainsi pour le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le viol, l'attentat violent à la pudeur. L'inculpé, en démontrant, dans ces divers cas, qu'il a agi du gré de la victime, invoque moins un fait justificatif que l'absence d'un des éléments constitutifs du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance, du viol, de l'attentat violent à la pudeur. Nous parlons

295. La légitime défense et l'ordre de la loi sont les seules causes de justification qui aient un caractère général. On pourrait en citer quelques autres, spéciales à certaines infractions déterminées. Ainsi, l'article 27 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, qui reproduit la définition traditionnelle de la diffamation, punit, sous ce nom, la médisance comme la calomnie; mais l'article 35 décide que « la vérité du fait diffamatoire », quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie, dans le cas d'imputation contre certaines personnes, et amener le renvoi d'instance du prévenu. Nous trouvons, dans cette *exceptio veritatis,* un exemple saisissant d'un fait qui justifie l'agent, parce qu'il efface la criminalité de l'acte. Ainsi encore, le devoir d'éducation, dont sont tenus les père et mère envers leurs enfants, les autorise à user, à leur égard, de certains moyens de contrainte qui constitueraient des arrestations et des séquestrations illégales, s'ils étaient employés par d'autres personnes, ou de certaines mesures de correction qui pourraient constituer, de la part de tout autre, des violences légères. Le Code pénal, il est vrai, à la différence d'un certain nombre de Codes étrangers, s'est abstenu de réglementer, au point de vue des abus possibles, le droit de correction paternelle. Mais il s'en réfère, sur ce point, à l'usage et aux mœurs. Et, il est certain que des parents, qui auraient corrigé leur enfant sans excès, pourraient invoquer leur droit comme cause de justification, s'ils étaient poursuivis.

On a souvent confondu, et nous l'avons fait nous-même, dans la première édition de cet ouvrage[1], les *faits justificatifs spéciaux* avec l'absence d'un des *éléments constitutifs* du délit. Mais il existe entre ces deux notions une différence essentielle. Au point de vue de sa nature juridique, le fait justificatif implique l'existence de tous les éléments matériels ou moraux du fait incriminé. L'agent a produit *avec intention* le résultat préjudiciable que prévoit la définition d'un délit, mais la responsabilité de cet acte n'est pas délictueuse, parce que l'auteur a agi conformément à son droit. Au contraire, les cas souvent assi-

[1] Même confusion dans LAINÉ, *op. cit.*, n° 230.

milés aux causes de justification impliquent l'inexistence d'un des éléments du délit lui-même. Ainsi, le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (C. p., art. 379); or, une chose mobilière qui vous appartient, est possédée par un individu qui la retient à tort : vous enlevez cette chose, dans le lieu où elle se trouve, sans violation de domicile, sans voies de fait ou menaces : si on vous traduit en police correctionnelle pour vol, la preuve que la chose vous appartenait sera moins la preuve d'un fait justificatif du vol que la preuve de l'absence d'un des éléments constitutifs de ce délit. De même, vous incendiez votre propre maison, qui n'était ni habitée ni servant à l'habitation, sans porter préjudice à autrui : si on vous poursuit pour incendie, vous établirez, par cette circonstance, l'absence de l'une des conditions essentielles de l'incendie punissable (C. p., art. 434). Il résulte de la différence de nature entre ces divers moyens de défense que le fardeau de la preuve pèse sur le prévenu lorsqu'il invoque un fait justificatif, qu'il pèse sur le ministère public lorsque celui-ci prétend que tous les éléments du délit sont réunis. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le résultat est le même : l'agent ne peut être déclaré coupable. Il n'est donc pas nécessaire d'interroger le jury, par une question spéciale, distincte de la question de culpabilité, puisque l'accusé n'est pas coupable, soit qu'il ait pu se justifier de l'acte qui lui est reproché, soit qu'il manque à cet acte un des éléments qui permettent de l'incriminer.

296. Le consentement de la victime du fait délictueux a-t-il pour effet d'écarter la responsabilité de l'agent? Il faut mettre à part, quand on examine cette question, les délits qui impli-

naturellement d'un consentement donné par une personne capable de consentir et agissant avec une entière liberté.

Mais la question se pose, et nous la retrouverons particulièrement à propos de la coopération au suicide d'autrui, de savoir quel est, en dehors de ces cas, l'effet du consentement de la victime sur la criminalité du fait ? Ce qui constitue le délit, c'est l'atteinte ou l'offense à l'organisation juridique de la société : d'où il suit que la répression est distincte de la réparation, qu'elle a un caractère social. Donc la volonté privée, même de l'offensé, de celui qui a souffert un dommage immédiat du délit, ne peut pas être la condition déterminante de la criminalité du fait. L'offense au droit individuel n'est délictueuse qu'en tant qu'elle est aussi une offense au droit social. Dans l'homicide, par exemple, les conditions essentielles du délit sont déduites du droit à la vie, mais comme mesure de protection de la vie de tous les humains.

Ainsi, la maxime : *volenti non fit injuria,* ne doit pas être généralisée. Cet aphorisme est tiré de la loi 1, § 5, D., *De injuriis,* et, dans ce texte, il n'est pas question des offenses au droit, en général, mais de celles que les Romains comprenaient sous l'expression spécifique d' « *injuria*[5] ». La faculté de consentir une renonciation valable à un droit personnel trouve, en effet, une double limite et dans le *droit d'autrui* et dans l'*intérêt public*. Il n'est pas possible de renoncer à un droit lorsque, par cette renonciation, le droit d'autrui se trouve lésé; ainsi, le père ne peut renoncer à l'un des attributs de la puissance paternelle, par exemple au droit de faire élever son fils de telle manière et dans telle religion, parce que, au droit personnel, correspond alors un devoir vis-à-vis d'autrui, et la renonciation à ce droit serait, en même temps, la violation d'un devoir. Il n'est pas non plus permis de renoncer à des droits au maintien desquels l'ordre public est intéressé : *jus publicum privatorum voluntate mutari nequit.* De ces considérations, il faut donc conclure

[5] Le texte est d'Ulpien : « *Usque adeo autem injuria quæ fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut, etiam si volentem filium quis vendiderit, patri sui quidem nomine competat injuriarum actio; filii vero nomine non competit, quia nulla injuria est, quæ in volentem fiat* ».

qu'un individu ne peut pas accorder à un autre individu le droit de violer, *en sa personne,* les lois qui intéressent, soit d'autres individus, soit l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ainsi, le fait d'avoir donné volontairement la mort à un individu, de son consentement et sur son ordre, est un meurtre; la mutilation d'un individu, qui l'a sollicitée, par exemple pour se soustraire au service militaire, est un crime ou un délit, suivant les cas. Mais ce sont là des applications d'un principe général sur lesquelles nous reviendrons plus longuement à propos de l'homicide et des coups et blessures.

§ XLVIII. — DE LA LÉGITIME DÉFENSE

(C. p., art. 328.)

297. La légitime défense. — **298.** De la légitime défense en général. Notions historiques. — **299.** Conditions de la légitime défense en se plaçant au point de vue de l'agression. — **300.** Gravité du danger. Attaque contre les personnes. Attaque contre les biens. — **301.** Illégalité de l'agression. Double difficulté. **302.** S'il est permis de résister à un acte illégal de l'autorité. — **303.** Provocation antérieure. — **304.** Actualité du danger. — **305.** Limites de la légitime défense. — **306.** Excès de défense.

297. La légitime défense consiste à empêcher, par l'emploi de la force, la violation d'un droit dont on est menacé (*vim vi defendere*); elle forme la première sanction du droit, et subsiste, avec ce caractère essentiel et primitif, aujourd'hui encore, dans les rapports des nations entre elles. Lorsque l'état social est organisé, c'est à la force collective, c'est-à-dire au pouvoir social, que l'individu doit remettre le soin de sa protection. Mais cette loi de toute société civilisée, absolue quand l'injustice est *consommée,* ne l'est plus quand elle est *imminente*. On m'attaque : la force sociale n'est pas présente; même présente, elle est impuissante à me protéger; j'ai le droit incontestable de me protéger moi-même et de repousser la force par la force. La défense sociale a un caractère *subsidiaire :* elle n'agit pas à l'exclusion, mais à l'appui de la défense individuelle[1]. Du carac-

§ XLVIII. [1] Le droit romain est particulièrement affirmatif sur ce point. L. 1, § 27, D., *De vi :* « *Vim vi repellere licet, idque jus natura compara-*

tère de la légitime défense, il faut conclure qu'elle se distingue, soit de la répression, soit de la vengeance. *a*) Nous avons le droit de nous défendre contre toute force qui pénètre, pour l'attaquer, dans la sphère juridique où s'exerce notre légitime activité, et cela quelle que soit la nature de cette force. Le droit de punir s'exerce seulement vis-à-vis d'une force consciente et responsable. On ne punit pas un insensé, mais on se défend contre ses attaques. *b*) La défense n'est pas la vengeance. La première suppose un mal qui n'est pas subi et que l'on veut empêcher; la seconde, un mal subi et que l'on veut faire expier. Dans le premier cas, l'agent est un justicier : il exerce la défense, comme un droit, en pleine possession de sa liberté morale; dans le second cas, il se laisse dominer par la passion, la colère, la haine; il rend le mal pour le mal, il se venge.

298. La légitime défense a été reconnue de tout temps et partout[2]. Dans notre ancienne jurisprudence, c'était une cause d'exemption de peine. Cependant, s'il y avait eu homicide, c'était seulement à titre de grâce, après la condamnation, que l'immunité était accordée. C'est ce qui résultait des articles 168 de l'ordonnance de 1539, et 2 du titre XVI de l'ordonnance de 1670. Au reste, les lettres de grâce ou de rémission, basées sur la légitime défense, étaient accordées par les chancelleries des

tur ». L. 3, D., *De just. et jure* : « *Ut vim atque injuriam propulsemus, juris gentium est* ». L. 45, § 4, D., *Ad leg. Aquil.* : « *Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere* ». On sait que Cicéron, dans un passage célèbre du *Pro Milone*, n° 4, a donné, comme exemple de loi naturelle, le droit de légitime défense : « *Est hæc non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accipimus, legimus, verum ex natura ipsa adripimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus; ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendæ salutis* ».

[2] La légitime défense n'est pas une *obligation*; elle est simplement un *droit*. Quand l'article 328 du Code pénal parle d'actes « *commandés* par la nécessité actuelle... » (expressions qui se retrouvent dans le § 53 du C. p. allemand), il se préoccupe seulement de déterminer les *conditions* d'existence de la légitime défense. Cfr. du reste, l'ouvrage, déjà cité, d'Ihering : *La lutte pour le droit* (*Der Kampf ums Recht*), Vienne et Paris, 1875.

parlements, sans qu'on eut à recourir au roi; aussi les appelait-on des *lettres de justice*.

Le Code pénal de 1791 consacra, en lui restituant sa véritable nature, le droit de défense, en qualifiant d'*homicide légitime* celui qui avait été commis dans l'exercice de ce droit (2e partie, tit. II, sect. 1, art. 5 et 6). De même, le Code de police municipale et correctionnelle du 19 juillet 1791 reconnaissait expressément la légitime défense en cas de coups et blessures (tit. II, art. 1, § 13).

Ces diverses dispositions ont été réunies par le Code pénal de 1810. L'article 328 est ainsi conçu : « *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui* ». La place de cette disposition était marquée dans la partie générale du Code pénal, à la suite de l'article 64, qui s'occupe de la *démence* et de la *contrainte*[3]; l'expression devait en être plus générale aussi, de manière à comprendre toutes les conséquences préjudiciables que peut avoir la défense personnelle. Il est vrai que ces conséquences seront ordinairement un homicide, des blessures, des coups, et l'on s'explique ainsi comment le législateur, qui ne procédait pas doctrinalement et qui suivait, en cela, le Code pénal de 1791, a été conduit à ne parler de la légitime défense qu'en traitant de ces sortes de délits. Mais d'autres faits, tels que celui de saisir, garroter et détenir temporairement l'agresseur, pourraient être nécessités par la lutte; il est certain qu'ils seraient légitimés par le droit de

[3] Le Code pénal de Belgique (art. 415 et 417) et le Code pénal du Tes-

défense, en vertu des principes généraux. Il est, de règle, en effet, qu'un acte doit être contraire au droit de celui qui le commet pour être punissable[4].

Le texte est, du reste, très clair; si l'agent est dans les conditions de la loi, la *justification* est complète. Mais dans quels cas y a-t-il légitime défense? C'est à cette question que se ramènent toutes les difficultés du sujet.

Pour que la défense soit légitime et que, par suite, elle *justifie* le mal fait à l'agresseur : 1° il faut, d'abord, que le droit de défense existe, c'est-à-dire que celui qui recourt à la force se trouve placé dans la nécessité de l'employer pour protéger sa personne ou celle d'autrui; 2° il faut, ensuite, que l'exercice de ce droit soit légitime, c'est-à-dire que la réaction défensive ne dépasse pas les bornes de la nécessité.

C'est en se plaçant à ce double point de vue que nous allons examiner les conditions d'existence de cette cause de justification[5].

299. *Des conditions de la légitime défense.* — Pour que l'agent se trouve en état de légitime défense, au premier point de vue, il est de règle absolue que le danger, dont il est menacé, soit *grave, injuste* et *actuel.*

300. La gravité du danger couru par l'agent résulte de l'*irréparabilité* du mal qu'on veut lui infliger, par une attaque *actuelle,* c'est-à-dire commencée ou imminente. Si le mal est réparable autrement que par les actes de défense, ces actes cessent d'être légitimes, car ils ne sont plus commandés par la « nécessité ».

Quand doit-on considérer le mal dont l'agent est menacé

[4] L'article 328 devrait être lu ainsi : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsqu'un fait, généralement incriminé par la loi pénale, a été commandé par la nécessité de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ».

[5] Certaines législations ont cru devoir énumérer ou même analyser les conditions de la légitime défense. Cfr. Code pénal espagnol de 1870, art. 8; Code pénal de Zurich de 1871, § 48; Code pénal hongrois de 1878, § 79. Mais c'est là un procédé exceptionnel. La plupart des Codes étrangers, à l'imitation du nôtre, se contentent de poser le principe général de la légitime défense.

comme irréparable? La question se prête à une analyse nécessaire; il s'agit, en effet, de déterminer : 1° les droits que nous pouvons protéger par la force; 2° et quelle est la gravité de l'atteinte à ces droits qui légitime une réaction défensive.

Au premier point de vue, tous les droits sont placés sous la protection de la force sociale, et, si la force sociale fait défaut, sous la protection de la force individuelle : un droit sans sanction ne serait pas un droit; la légitime défense, la première de toutes les sanctions, s'applique donc à tous les droits.

Mais il est évident que si le mal dont on nous menace est absolument insignifiant, ce serait dépasser toute mesure que de tuer ou de blesser l'agresseur : la nécessité de recourir à la force implique un danger sérieux, c'est-à-dire une atteinte, qui serait irréparable, pour le droit que l'on veut protéger, si on ne la prévenait pas.

Telles sont les idées générales dont il nous faut rechercher l'application en supposant successivement l'agression dirigée contre la *personne* ou contre la *propriété*.

I. L'article 328 n'autorise, dans ses termes, l'emploi de la force que pour la défense de « *soi-même ou d'autrui* ». La loi légitime donc, non seulement les actes commandés par la sûreté personnelle de l'individu, mais encore ceux qui ont pour but la sûreté d'autrui : il suffit qu'une personne soit injustement attaquée, pour que nous ayons, sinon le *devoir légal,* du moins le *droit* de la défendre. Il résulte de là que, dans tous les cas où la défense de soi-même par la force est un fait justificatif, il en est de même de la défense d'autrui; mais les mêmes conditions doivent se rencontrer : quelles sont-elles? Il faut considérer comme *grave*, parce qu'il est *irréparable*, le mal qui menace la

force. La femme, même la prostituée, menacée de viol ou d'un attentat violent à la pudeur, a le même droit. On l'a contesté cependant pour le cas d'attentat violent à la pudeur; mais ce n'est que par suite d'une confusion, que l'on a voulu, en se fondant sur l'article 325 du Code pénal, restreindre l'emploi de la légitime défense au cas de tentative de viol; l'article 325 suppose un attentat à la pudeur *consommé*, rendant *excusable*, par le sentiment de colère qu'il excite chez la femme outragée, le crime de castration; mais la femme pourrait *prévenir* l'attentat dont elle est menacée, et les actes qu'elle accomplirait dans ce but, les coups qu'elle porterait, l'homicide qu'elle donnerait, seraient *légitimes*[7]. Du reste, le simple outrage à l'*honneur*, comme un soufflet, des injures, n'autoriserait pas l'emploi de la force; le mal est réparable; c'est aux tribunaux que la personne outragée devra s'adresser pour obtenir la réparation qui lui est due.

II. L'agression injuste n'est pas dirigée contre une personne, mais contre une *propriété :* le propriétaire repousse l'attaque par la force; il tue ou blesse l'agresseur : est-il en état de légitime défense? Comprenons bien la question; le propriétaire a certainement le droit de s'opposer par la force à la *consommation* du vol, d'arrêter le voleur pris en flagrant délit (C. instr. cr., art. 106); et, si celui-ci oppose la *violence* personnelle pour terminer l'acte qu'il a commencé ou se dégager et s'enfuir, le propriétaire est certainement autorisé à employer la force pour vaincre sa résistance. Mais a-t-il le droit de tuer ou de blesser le voleur, non pour l'arrêter dans son délit, mais pour lui faire restituer la chose soustraite et empêcher, ainsi, la *consommation du dommage* que le vol peut lui causer? a-t-il le droit, par exemple, lorsqu'il le voit fuir, emportant l'objet volé, de tirer sur lui et de le blesser ou de le tuer? L'article 328 ne permet pas l'emploi de la force lorsque l'agression qu'il s'agit de repousser est uniquement dirigée contre les biens; nous dirons donc qu'en principe la *défense violente de la propriété n'est pas*

[7] L. 1, § 4, D., *Ad legem Corneliam de sicariis : « D. Hadrianus rescripsit eam quæ stuprum sibi per vim interferentem occidit, dimittendam »*.

légitime : rien de plus conforme à notre critère, puisque la perte d'un bien matériel n'est pas absolument *irréparable*, comme le serait la perte de la vie, de la santé, de la liberté, de l'honneur. Mais ce motif devrait limiter, ce semble, la portée de la règle : si le mal dont on nous menace est irréparable, autrement que par les actes délictueux, la société, qui garantit la propriété comme la liberté, qui n'hésite pas à priver un homme de sa liberté pour punir le vol, doit reconnaître au propriétaire le droit de défendre son bien par tous les moyens en son pouvoir. Qu'on suppose un voleur, dérobant, dans le coffre-fort d'un négociant, les titres qui constituent la majeure partie de sa fortune, fuyant, avec ces titres, sans que l'obscurité permette de le reconnaître : le mal sera *irréparable*, si le propriétaire ne parvient pas à blesser ou à tuer le voleur : il tire et tue celui-ci ; en a-t-il le droit? L'article 328 ne le lui donne pas dans ses termes : ce texte n'est écrit que pour la défense de la *personne*; et, au point de vue du droit positif français, il est certain que l'acquittement basé sur la légitime défense de la propriété méconnaîtrait la portée de la loi. Et, cependant, aucun tribunal n'hésitera à déclarer que l'acte n'est pas imputable à son auteur, celui-ci ayant agi dans un état excusable d'excitation et de trouble (C. p., art. 64)[8].

[8] Cfr. sur la question : BERTAULD, *op. cit.*, p. 365. La question avait été discutée dans notre ancien droit. ROUSSEAU DE LA COMBE (*Matières criminelles*, p. 97) et JOUSSE (*op. cit.*, t. III, p. 500 à 505) la tranchaient dans le sens que nous indiquons. Le commentaire officiel du Code pénal qui régissait la Bavière avant la loi du 22 avril 1871 qui l'a remplacé par le Code pénal allemand, s'exprimait ainsi sur la question : « On peut blesser d'un coup de

Il importe, du reste, pour préciser le terrain de la difficulté, au point de vue théorique comme au point de vue pratique, de présenter deux observations.

1° Une lésion insignifiante à la propriété ne saurait certes justifier un meurtre ou des coups et blessures. L'exemple de l'enfant que l'on tue parce qu'il a dérobé quelques fruits est devenu classique : on l'a souvent invoqué pour nier théoriquement le droit de légitime défense en matière de propriété. Mais toute attaque contre les personnes ne saurait justifier non plus un meurtre, des coups ou des blessures. La même situation peut se présenter, quelle que soit la nature du droit atteint, et la solution est identique dans toutes les hypothèses.

2° Le Code pénal fait rentrer, dans le cas de légitime défense, le fait de tuer ou de blesser le voleur qui attaque la propriété (C. p., art. 329), comme il fait rentrer, dans le cas d'excuse, tirée de la provocation, le fait de celui qui tue le malfaiteur s'introduisant, dans son domicile, le jour, par escalade (C. p., art. 322). Mais, pas plus dans le cas de légitime défense que dans le cas de provocation, il n'y a, à vrai dire, d'exception à la règle d'après laquelle l'agression doit menacer les personnes. L'article 329, dont nous nous occupons plus loin, comprend, en effet, dans le cas de légitime défense, certaines attaques contre les propriétés, parce qu'il présume que ces attaques menacent les personnes et les exposent à un danger[9].

301. Toutes les fois que l'agression est légale, c'est-à-dire qu'elle a pour auteur un agent de la force publique, agissant dans l'exercice régulier de ses fonctions, la défense n'est pas « légitime », car la résistance, avec violences et voies de fait,

pénal hollandais, § 41 : « N'est pas punissable celui qui commet un acte commandé par la défense nécessaire de la vie, de l'honneur ou des biens de soi-même ou d'autrui contre une attaque soudaine ou illégale ». Code pénal hongrois, § 79. Le Code pénal italien n'autorise la légitime défense des biens que lorsque l'attaque dirigée contre eux est accompagnée de violence ou de graves menaces contre la personne ou la fortune (art. 376). Les Codes suisses se divisent sur la question. Voy. la disposition très intéressante du Code pénal du canton de Berne (art. 53).

[9] Cfr. Benech, *Rev. de législ.*, t. XIII, p. 126.

constitue déjà, par elle-même, un délit ou un crime spécial, qualifié « *rébellion* » (C. p., art. 209 et suiv.). Mais lorsque l'agression a lieu *sans droit,* les actes de défense sont légitimes, quelles que soient la qualité et la situation de l'agresseur. Déduisons de cette règle un double corollaire. *a) La défense peut justifier des actes que la provocation n'excuserait pas :* — le parricide, par exemple. Aux termes de l'article 323 du Code pénal, il n'est pas *excusable,* sans doute ; mais de ce que la culpabilité, lorsqu'elle existe, ne peut être atténuée par une *provocation,* il n'en résulte nullement qu'elle existe toujours : le fils, qui est placé par son père dans l'alternative de le tuer ou de se laisser tuer par lui, ne commet pas de parricide s'il le tue. Nous en dirons autant du meurtre de l'un des époux par l'autre : ce meurtre qui, en principe, ne serait pas excusé par la provocation, serait légitimé s'il avait été accompli en état de défense. L'article 324, soulève, du reste, à ce point de vue, des difficultés d'interprétation que nous retrouverons plus loin. *b) Le droit de défense peut exister là même où le droit de punir n'existerait pas.* — Ainsi, qu'un enfant, qu'un fou nous attaquent, nous avons le droit de nous défendre contre eux, bien que le pouvoir social n'ait pas le droit de punir ces êtres privés du discernement de leurs actes. La défense n'est pas, en effet, le *châtiment,* qui serait illégitime dirigé contre un enfant ou un fou, mais la *protection,* qui est légitime, quel que soit l'auteur de l'agression, si l'agression est faite sans droit.

Mais, si tel est le principe, il existe deux cas dans lesquels son application devient délicate.

302. Est-il permis de résister à un agent de la force publi-

raît avoir été spéciale aux agents du fisc, mais dont les anciens auteurs se sont manifestement inspirés : c'est la loi 5 au Code, *De jure fisci,* ainsi conçue : *Ut etiam si officiales ausi fuerint a tenore data legis desistere, ipsis privatis resisteretur si excedant in suo officio.* Accurse, dans sa glose sous cette loi, étend la décision, même aux officiers du prince : *Quod etiam principis officialibus resisteretur si excedant in suo officio;* et Farinacius va même jusqu'à soutenir qu'en pareil cas la résistance est plus qu'un droit, qu'elle est un devoir[10] : *Privatus non solum impune potest resistere officiali, cum aliquid facit contra jura, imo quod punitur si non resistit.* Jousse[11], s'inspirant de cette idée, et traçant, avec cette netteté qui caractérise l'esprit juridique français, son cercle d'application, nous dit : « Il y a quelques cas, où il est permis à celui que l'on veut emprisonner de faire résistance, et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère, ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère, ou lorsqu'il a excédé son pouvoir, ou qu'il n'a point observé les formes de justice. En effet, cette résistance est plutôt une *défense légitime* qu'une rébellion. Ainsi, il est permis à celui qu'on veut arrêter injustement, non seulement de résister, mais encore d'appeler ses amis et ses voisins à son secours pour l'aider à se défendre ». Le Code pénal de 1791, recueillant ces traditions et leur prêtant une formule législative précise, ne punissait la résistance violente qu'autant qu'elle était opposée à un dépositaire de la force publique, « *agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions* ».

Les législations modernes se sont divisées sur la question, ou plutôt sur le point de savoir s'il convenait de la résoudre. Les unes, à l'exemple du Code pénal de 1791, ont expressément soumis l'existence du crime de rébellion à la légalité de l'acte exercé par l'agent de l'autorité publique[12]. D'autres n'ont pas

[10] *Quæst.*, 32, nos 32 et suiv.

[11] *Op. cit.*, t. IV, p. 79.

[12] C'est le système, entre autres législations, des Codes d'Allemagne et de Hongrie. Le Code pénal italien contient une disposition spéciale à ce sujet, dans l'art. 192, ainsi conçu : « Quand le fonctionnaire public a provoqué le

voulu préjuger la question; elles ont simplement exigé que l'attaque ou la résistance, avec violences ou voies de fait, constitutive de la rébellion, se produisît contre l'exécution des lois, ou des ordres de justice[13]. D'autres, enfin, admettant une sorte de transaction entre deux idées absolues, ont considéré comme une cause légale de *modération de la peine*, cette circonstance que la rébellion avait eu lieu contre les agents de l'autorité publique qui exécutaient un acte irrégulier[14].

Le Code pénal de 1810 a usé d'une réserve prudente : il n'a voulu trancher la question ni dans un sens ni dans l'autre, et nous avons à rechercher quelles conséquences il faut tirer de son silence, en le rapprochant de la déclaration très nette du Code pénal de 1791. Je crois qu'on doit poser tout d'abord deux règles, l'une et l'autre difficilement contestables.

a) L'agent qui se permet un acte irrégulier ou arbitraire commet un excès de pouvoir : il est le premier coupable, puisqu'il abuse lui-même du caractère dont il est revêtu; il est indigne de la protection spéciale de la loi, puisqu'il agit en dehors des conditions qu'elle a prescrites. Au point de vue *objectif*, comme au point de vue *subjectif*, il ne saurait donc exister de rébellion dans la résistance, même avec violences et voies de fait, opposée à un acte illégal.

En effet, ce qui constitue la criminalité de la rébellion, c'est la désobéissance et le mépris de la loi : la violence contre les agents de l'autorité est le moyen extérieur par lequel se manifestent cette désobéissance et ce mépris. Or, quand le fonctionnaire public n'exécute pas la loi en sortant de ses fonctions ou en en abusant, il commet un acte arbitraire au préjudice du

cesse d'être délictueuse, mais encore elle devient légitime.

En se plaçant au point de vue subjectif, on arrive à la même conclusion. L'attaque ou la résistance avec violence, dans le but d'empêcher l'exécution d'une loi ou d'un ordre de l'autorité, tel est l'élément intentionnel du délit de rébellion; or, celui qui résiste à un acte arbitraire n'a pas l'intention de s'opposer à l'exécution de la loi, puisqu'il résiste précisément parce que la loi n'est pas exécutée. Si donc la violence pouvait être retenue comme délictueuse, ce ne serait certes pas sous la qualification de rébellion, mais sous la qualification, suivant la gravité de ses conséquences, d'homicide volontaire, de coups et blessures, ou de violences légères.

b) Pour nous, la difficulté n'est pas de reconnaître le droit de résistance et de l'établir, mais bien plutôt d'en poser les règles et d'en préciser les limites. En réalité, c'est sur ce point que portent les difficultés. Nous croyons qu'aucune formule ne répond mieux à la solution des hypothèses variées qui peuvent se présenter que celle qui consiste à donner, comme élément nécessaire au crime ou au délit de rébellion, cette condition, à savoir que l'*agent de l'autorité soit dans l'ordre légitime de ses fonctions*. Au fond, c'est ce que la loi française a voulu exprimer dans l'article 209. Si elle a omis, dans sa définition, le mot *légalement*, conservé par le Code pénal de 1791, c'est qu'elle n'a pas voulu trancher *a priori* une question qui ne peut être résolue que d'après les circonstances dans lesquelles a eu lieu la résistance. Mais quand elle ne voit de rébellion que dans la violence opposée aux officiers publics « *pour* l'exécution des lois, etc. », elle suppose implicitement la *légitimité* de leur action.

Ceci posé, nous admettons, comme vraies, les deux formules suivantes qui se dégagent de la jurisprudence française : 1° La présomption est que les chefs et agents de l'autorité, délégués pour le maintien de l'ordre, le respectent et n'agissent que conformément aux lois; 2° Aussi, le principe qui s'impose aux particuliers, c'est l'obéissance aux ordres du pouvoir, la soumission aux agents de l'autorité. Posées dans ces termes généraux, ces deux propositions sont certainement exactes. Mais il faut bien

se garder de leur donner un caractère en quelque sorte législatif. Entre la thèse de l'*obéissance passive* et celle du *droit absolu de résistance,* il y a place, pour une distinction qui nous paraît heureusement concilier les droits de l'individu et les nécessités du pouvoir, distinction qui est, au fond, celle de la jurisprudence française.

1° En effet, si le particulier se trouve en présence d'un fonctionnaire, agissant dans la sphère de ses pouvoirs, avec un mandat dont il justifie de la loi ou de la justice, toute résistance, avec violence ou voie de fait, serait une rébellion, alors même qu'une irrégularité, une illégalité auraient été commises, soit dans le titre même en vertu duquel procède l'officier public, soit dans l'exécution de ce titre. En effet, l'article 209 qualifie de rébellion l'opposition violente pratiquée contre certains officiers publics agissant pour l'exécution des lois ou des ordres de justice : les deux seules conditions requises sont donc, d'un côté, la *qualité* de l'agent et, de l'autre, l'existence du *titre* en vertu duquel il procède : si ces deux conditions se rencontrent, le devoir des particuliers est de se soumettre. Ce n'est pas à eux qu'il appartient de juger, soit la légitimité intrinsèque ou extrinsèque du mandat, mis à exécution, soit la régularité même de cette exécution. Les officiers publics qui commettent des illégalités dans l'exercice de leurs fonctions encourent une double responsabilité, pénale et civile, et le recours aux tribunaux est une garantie suffisante pour la protection des intérêts individuels. Admettre le droit absolu de résister pour la moindre irrégularité, ce serait substituer l'appréciation brutale de l'individu à l'appréciation raisonnée des tribunaux, et entraver, sous pré-

lier, objet de l'acte d'exécution, a pu se soustraire au mal dont l'officier public le menaçait, autrement que par les violences ou les voies de fait, il est coupable, parce qu'il a *excédé* son droit. Mais, dans ce cas même, ce ne sera jamais sous la qualification de rébellion qu'on pourra l'incriminer : on l'inculpera d'un *délit contre les personnes* et non d'un *délit contre l'autorité*.

Peut-être cette distinction nous aidera-t-elle à éclaircir la jurisprudence? On la résume, d'ordinaire, en affirmant que, d'après les arrêts de la Cour de cassation, quelle que soit l'illégalité de l'acte accompli par un agent de la force publique, quel que soit l'abus de pouvoir qu'il a commis, les citoyens doivent silencieusement obéir : « ils n'ont pas le droit de discuter l'acte que la présomption de légalité environne; ils n'ont que le droit de réclamer après son exécution[15] ». Je reconnais, en effet, que les considérants généraux des décisions de la Cour suprême semblent proclamer, comme un dogme, la thèse de l'obéissance des citoyens vis-à-vis les agents de l'autorité. Et je m'explique que les criminalistes étrangers aient pu reprocher à la loi française, telle qu'elle est interprétée par nos tribunaux, d'avoir érigé, en délit, la résistance à tout abus de pouvoir, quel qu'il soit. Mais peut-être s'est-on volontiers arrêté à quelques formules générales et théoriques[16]? Peut-être n'a-t-on pas examiné les diverses espèces sur lesquelles la Cour de cassation s'est prononcée? En les étudiant de près, on voit qu'elles peuvent se grouper en deux catégories.

[15] C'est, dans ces termes, que Chauveau et Hélie (*op. cit.*, t. III, n° 940, p. 93) résument le dernier état de la jurisprudence française.

[16] Cass., 3 juillet 1824 (D. J. G., v° *Rébellion*, n° 35-1°) : « Attendu que la présomption légale est que les chefs et agents de la force armée nommés pour le maintien des lois, les respectent et n'agissent que conformément à ces lois; que si les chefs sont responsables de l'emploi illégal qu'ils feraient de leur autorité, cette responsabilité ne saurait dispenser les citoyens de l'obéissance qui leur est due, et ne saurait les autoriser, *dans aucun cas*, à résister avec violences et voies de fait à des mesures qui sont toujours supposées, jusqu'à preuve contraire, émanées d'une autorité légale et compétente ». Cfr. dans les mêmes termes : Cass., 26 décembre 1839 (S. 40.1.547); 17 août 1849 (*B. cr.*, n° 209); 22 août 1866 (*B. cr.*, n° 199); 29 février 1884 (*B. cr.*, n° 60).

La résistance avec violences et voies de fait a été déclarée délictueuse, toutes les fois qu'elle est opposée à un agent de la force publique, agissant pour l'exécution d'une loi ou d'un ordre de justice[17]. C'est ce que nous avons soutenu nous-même. En effet, d'après l'article 209, il y a crime ou délit de rébellion, dans la résistance, avec violences et voies de fait, envers certains officiers publics, par cela seul qu'étant porteurs de mandats ou de jugements, ils agissent pour leur exécution. La loi n'a pas voulu subordonner le crime ou le délit qu'elle caractérise, au plus ou moins de régularité dans l'exécution. Elle a pensé, avec raison, qu'il y avait, dans la qualité de celui qui exécute et dans le titre même qu'il met à exécution, une présomption de légalité, dont

[17] Ainsi un *huissier*, assisté de deux gendarmes, se rend chez un particulier pour mettre à exécution un jugement, rendu contre lui en matière civile et portant contrainte par corps. L'exécution était évidemment illégale, puisque l'huissier, sans l'assistance d'un juge de paix, ne pouvait, aux termes de l'article 781, § 5, du Code de procédure civile arrêter un citoyen dans sa demeure. La Cour suprême, par arrêt de cassation, déclara que « du défaut de cette formalité, résultait bien en faveur de la partie une action pour faire déclarer la nullité de l'exécution par corps et demander des dommages-intérêts ; mais que le défaut de ladite formalité n'autorisait point l'inculpé à commettre des violences et voies de fait envers l'huissier » : Cass., 14 avril 1820 (*B. cr.*, n° 52) et BLANCHE, *op. cit.*, t. IV, n° 46. Même espèce : Cass., 15 juillet 1826 (*B. cr.*, n° 140). — Dans une autre espèce, des inculpés avaient résisté, avec violences et voies de fait, envers le chef d'un régiment, admis, comme corps militaire, dans une église. La Cour de cassation décida, dans l'arrêt précité du 3 septembre 1824, après des considérants généraux, n'admettant, dans aucun cas, le droit de résistance « que, dans l'espèce, le régiment dont il s'agit avait été admis, par l'autorité compétente, dans l'église, comme corps militaire ; que dès lors, le chef de ce régiment était suffisamment autorisé

les particuliers ne peuvent se faire juges, sauf leur recours aux tribunaux, postérieurement à l'exécution.

Mais la Cour suprême a reconnu que quand l'officier public agissait hors de ses fonctions, ou sans un titre justifiant son action, il n'était plus qu'un simple particulier, auquel suffit la protection ordinaire de la loi[18].

Une distinction est donc acceptée par la jusrisprudence, et elle s'est imposée même aux auteurs qui soutiennent, avec le plus d'énergie, le libre fonctionnement de l'autorité publique. Que l'on trouve le critère de cette distinction, dans le plus ou moins de gravité de l'*illégalité* commise[19], ou dans le plus ou moins de *réparabilité* de l'acte d'exécution[20], cela n'a d'importance qu'au point de vue théorique; car, il est constant, et tout le monde l'admet, qu'un certain degré d'arbitraire autorise la résistance, même avec violences et voies de fait. Nous ajouterons que, jusqu'ici, aucune législation n'a imposé au citoyen le devoir absolu de soumission vis-à-vis les agents de l'autorité publique. Il reste donc une certaine place, même lorsqu'un particulier est victime d'un acte arbitraire de l'autorité, pour l'exercice du droit de défense, dans les termes et les conditions de l'article 328. On a bien objecté que l'article 328 est étranger, par la place qu'il occupe dans le Code pénal, aux crimes et délits contre la chose publique, qu'il ne peut donc justifier

[18] Il a été jugé que les peines de la rébellion sont inapplicables à la résistance opposée à des *gardes forestiers* qui, n'ayant le droit d'arrêter un délinquant à eux inconnu que pour le conduire chez le maire ou le juge de paix, veulent l'arrêter, au contraire, pour se faire conduire par lui au lieu où il avoue avoir coupé du bois mort : Cass., 7 avril 1837 (D. J. G., v° *Rébellion*, n. 38). Cfr. également : Cass., 14 septembre 1815 et 27 octobre 1815 (D. J. G., v° *Rébellion*, n° 42); 25 mars 1852 (*B. cr.*, n° 108). Je dois faire remarquer, du reste, que la jurisprudence des cours d'appel paraît se montrer plus libérale encore que celle de la Cour de cassation. Cfr. Limoges, 11 décembre 1826 (D. J. G., v° *Rébellion*, n° 39-6°); Bourges, 10 mai 1838 (*ibid.*, n° 39-8°); Rennes, 4 janvier 1827 (*ibid.*, n° 39-1°); Toulouse, 23 février 1826 (*ibid.*, n° 39-1°); Lyon 10 juin 1826 (*ibid.*, n° 39-5°); Douai, 22 novembre 1839 (*ibid.*, n° 39-9°); Agen, 5 mai 1823 (*ibid.*, n° 39-4°). Du reste, plusieurs de ces arrêts ont été cassés.

[19] Comme Blanche (*op. cit.*, t. IV, n° 47), par exemple.

[20] Cfr. Chauveau et Hélie, t. III, n°s 940 à 944.

la *rébellion*, qui est un crime ou un délit contre la chose publique; mais il ne s'agit pas de justifier la rébellion, il s'agit de savoir si, dans la résistance qui nous occupe, il y a vraiment rébellion. Du reste l'article 328 n'est que l'expression d'un principe qui n'avait pas besoin d'être consacré par les textes et qui, tel qu'il est formulé, a le défaut de ne pas être à sa place dans la partie spéciale du Code pénal.

303. Peut-on réputer en état de légitime défense l'individu qui, après avoir provoqué ou attaqué une personne, se défend, à son tour, contre les violences que celle-ci exerce sur lui, et commet un homicide parce que ces violences mettaient sa vie en péril? En un mot, l'agression serait-elle *injuste*, si elle avait été provoquée par une agression antérieure? La question doit être résolue par une distinction. — Si l'agression a mis la personne attaquée dans le cas de légitime défense, l'agresseur ne pourrait légitimement se défendre par de nouvelles violences; et, s'il continuait la lutte, l'homicide, les coups et blessures, provenant de lui, ne se justifieraient pas, car ils seraient la conséquence directe de l'agression dont il est l'auteur. — Mais si l'agression n'a pas mis la personne attaquée dans le cas de légitime défense, si elle n'est qu'une provocation, l'agresseur, quand sa vie est mise en péril par la personne provoquée, a le droit de réagir, même par la force.

Appliquons cette distinction : c'est le seul moyen d'en démontrer la vérité.

Un individu vous insulte ; il vous frappe même d'un coup de canne, ou vous donne un soufflet; vous dirigez sur lui le canon d'un révolver chargé et le mettez dans la nécessité de vous tuer, s'il ne veut être tué par vous; est-il en état de légitime défense?

donné le *droit* de le tuer ou de le blesser, avait le *devoir* de cesser la lutte.

Vous surprenez un individu escaladant, pendant le jour, la clôture de votre habitation : vous tirez sur lui un coup de fusil qui ne l'atteint pas; vous allez en tirer un second : pour ne pas être tué, il vous tue : cet acte est légitime, car le fait de tirer un coup de fusil sur un individu qui escalade, *pendant le jour,* la clôture de votre habitation, constitue une *infraction,* qui peut mettre l'agresseur en état de légitime défense (C. p., art. 322). Autre serait la condition de celui qui escaladerait la nuit une maison habitée; s'il était attaqué, il n'aurait pas le droit de se défendre; car aux termes de l'article 329, le propriétaire, qui repousse l'escalade par la force, est en état de légitime défense (C. p., art. 329). Il faut admettre, enfin, qu'il pourrait y avoir légitime défense, de la part de la femme et de son complice, contre les attaques du mari, les surprenant en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale, et les mettant en péril de mort. Sans doute, l'adultère est un délit; mais ce délit ne donne pas au mari outragé le *droit* de tuer les coupables. Le meurtre qu'il pourrait commettre est, il est vrai, *excusable;* mais, puisque la loi punit ce meurtre, il est *injuste,* et justifie des actes de défense.

Ce sont là, du reste, des hypothèses extrêmes, dans lesquelles la légitime défense ne pourra être admise que si l'existence de toutes les conditions exigées par la loi est strictement reconnue par le juge[21].

304. Le danger contre lequel la défense est autorisée doit être *actuel.* C'est ce qui résulte des mots du texte : « nécessité *actuelle* ». On n'a le droit de recourir à la force que dans le moment même où l'on est attaqué. Si le danger était passé, le sentiment qui porterait à agir serait, non le sentiment de la défense qui est permis, mais celui de la vengeance qui est interdit, et les conditions de l'*excuse de provocation* pourraient se

[21] Sur ce point : Le Sellyer, *Traité de la criminalité,* t. I, n° 163; Chauveau et Hélie, *op. cit.,* t. IV, n°s 1489 et 1490; Laborde, *Cours élémentaire,* n° 302; Lainé, *op. cit.,* n° 267.

rencontrer, mais non celles du *fait justificatif de légitime défense* [22]. Il suffit, du reste, que l'agression soit imminente : il n'est pas nécessaire qu'elle soit commencée; attendre jusque-là, serait souvent s'exposer à un mal irréparable [23]. Mais des menaces de coups ne donneraient le droit de frapper que si elles étaient accompagnées d'un geste faisant craindre leur réalisation immédiate. Il y a, à ces points de vue, des questions d'appréciation fort délicates que la loi doit abandonner à la sagesse des tribunaux. La règle théorique, c'est qu'il est interdit à un particulier soit de se venger, soit de punir. Ce qui lui est permis, c'est de se défendre.

305. *Des limites de la légitime défense.* — Les limites de la défense sont fixées par la *nécessité*. La défense par l'homicide, les coups, les blessures, doit être nécessaire en un double sens : 1° Il faut que l'agent n'ait eu d'autre ressource que la violence, en d'autres termes, que l'homicide, les coups, les blessures aient été « commandés par la nécessité »; 2° Il faut que la réaction défensive n'ait pas dépassé les bornes de la nécessité, qu'il n'y ait pas eu excès de défense.

Sous ces deux rapports, de nombreuses questions de fait peuvent surgir; elles sont laissées à l'appréciation des juges. Mais de quelle idée devront-ils s'inspirer pour les résoudre? Il est à remarquer que, dans la mesure de la défense, il ne peut être question de chercher à proportionner le mal que l'on occasionne au mal dont on est menacé. L'idée de proportion peut se comprendre dans la mesure de la *répression : pœna debet commensurari delicto;* mais elle est évidemment étrangère à la me-

sure de la défense. Celui qui est attaqué et qui est mis, suivant l'expression légale, dans la « nécessité » de se défendre, peut faire à son agresseur tout le mal *indispensable* pour que son droit soit sauvegardé [24]. Telle doit être la limite de la réaction défensive. Ce qui dépasse cette mesure excède le droit de défense et n'est plus commandé par la « nécessité. » Par conséquent, si la personne attaquée pouvait se défendre autrement qu'en donnant la mort à l'agresseur, par exemple en l'enfermant, en s'emparant de ses armes, l'homicide ne serait pas légitime parce qu'il ne serait pas indispensable [25]. On s'est demandé, en conséquence, si la défense est encore légitime, lorsque la personne attaquée peut se soustraire au danger par la fuite? Les anciens criminalistes répondaient par la négative, en exceptant néanmoins « les personnes d'un certain état dont la fuite serait honteuse, telles que les militaires et les gentilshommes » [26]. Nous n'avons pas besoin de dire que cette distinction n'est plus de notre temps. S'il peut être sage de fuir pour éviter un danger et pour ne pas être dans la nécessité d'engager une lutte contre un agresseur, il n'y a pas obligation de quitter le lieu où l'on a le droit de rester. On ne peut pas imposer la fuite [27].

[24] C'est le droit romain qui a eu le mérite de formuler d'une manière, en quelque sorte définitive, les limites de la légitime défense, en ces termes : *Quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia jura permittant, tamen id debet fieri cum moderamine inculpatæ tutelæ, non ad sumendam vindictam, sed ad propulsandam injuriam.* C. 2, X. *De homicid.*

[25] L. 5, *princ.* D. *Ad. legem Aquil. : « Sin autem, cum posset adprehendere furem, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur ; ergo et Cornelia tenebitur ».*

[26] C'est une question sur laquelle les anciens criminalistes ont beaucoup disserté. Conf., par exemple : Clarus, *Sent.*, livre V, § *Homicidium*, n° 32; Farinaccius, *Quæstio* 125, n° 121 et 127; Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, chap. 76, n° 7. La Caroline (§ 140) excluait la légitime défense quand la personne aurait pu fuir « sans danger de son corps, de sa vie, de son honneur et réputation ». Mais cette décision, posée en thèse, est bien peu rationnelle : c'est une idée primordiale que le droit ne peut céder la place à l'injustice. La fuite ne peut jamais être une obligation pour la personne attaquée.

[27] Voy. notamment sur ce point : Le Sellyer, *Traité de la criminalité*, t. I, p. 260; Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 67; Molinier, *Traité*, p. 200.

306. Quand toutes les conditions de la légitime défense sont réunies, l'acte est *justifié*, mais si l'une de ces conditions manque, l'acte est *illicite*. Faut-il décider, dans ce dernier cas, que l'agent sera toujours punissable? Nullement; le juge doit examiner si les circonstances, qui n'ont pas suffi à justifier l'acte, n'ont pas été cependant de nature à *exclure* ou à *diminuer* la culpabilité. L'agent avait-il conservé sa liberté d'esprit pour mesurer le danger, l'éviter par d'autres moyens, proportionner la défense à l'attaque? Si le juge estime que les circonstances ont été telles qu'elles ont enlevé toute liberté à l'agent, il le renverra d'instance, en tenant compte de l'état de nécessité ou de contrainte qui a pu résulter de ces circonstances. Dans tous les cas, pour examiner s'il y a eu *excès de défense* et quel doit en être le résultat, le juge se placera au point de vue de la *personne attaquée*. Aucune autre règle abstraite et générale ne peut être utilement formulée sur ce point.

Un certain nombre de législations étrangères ont prévu le cas où l'agent excède les bornes de la défense. Elles tiennent compte du degré de trouble et de crainte que cause une injuste agression; mais tantôt elles voient, dans cette circonstance, une excuse absolutoire; tantôt, elles en font seulement une excuse atténuante. Le premier type de législation est représenté par le Code pénal allemand, dont le § 53, après avoir déterminé les conditions de la légitime défense, ajoute : « l'agent n'est pas punissable, lorsque, dans le trouble, la crainte ou la terreur, il aura dépassé les bornes de la légitime défense ». Le § 41 du Code pénal hollandais consacre un système analogue : « N'est pas punissable la transgression des limites de la défense nécessaire, si elle a été la suite immédiate d'une coaction violente causée par l'attaque ». D'après l'article 373 du Code pénal du canton de Neuchâtel : « L'excès de légitime défense n'est pas punissable si l'auteur a agi sous l'empire d'une crainte ou d'une émotion causée par l'attaque dont il était l'objet ». Le second type de législation est représenté par le Code pénal portugais (art. 39, n° 17 et 378) et le Code pénal italien (art. 50). L'article 20 de l'avant-projet de Code pénal suisse, modifié d'après les décisions de la commission d'experts, superpose les deux systè-

mes : « S'il y a eu excès dans la défense, le juge atténuera librement la peine ; toutefois l'auteur sera libéré de toute peine s'il a agi dans un état excusable d'excitation ou de trouble ».

§ XLIX. — CAS EXCEPTIONNELS DE LÉGITIME DÉFENSE

(C. p., art. 329.)

307. Caractère de l'article 329. — **308.** Premier cas. Escalade et effraction la nuit. — **309.** Second cas. Vol ou pillage avec violence.

307. Après avoir posé la règle générale, le Code pénal prévoit, dans l'article 329, deux cas qu'il considère comme rentrant dans la légitime défense : « *Sont compris dans le cas de nécessité actuelle de défense les cas suivants : 1° Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade et l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances. 2° Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence* ».

Quel est le caractère de cette disposition? Pour certains auteurs, ce texte n'est qu'un exemple d'hypothèses où se rencontrent les conditions de la légitime défense, le développement, par voie d'explication, du principe de l'article 328 [1]. Mais alors quelle en serait l'utilité? Pourquoi d'ailleurs le législateur aurait-il pris soin de préciser si nettement, dans les espèces qu'il prévoit, les conditions de la légitime défense, alors que, pour

§ XLIX. [1] C'est le caractère que paraissait donner, à la disposition, le rapporteur du Code pénal au Corps législatif, Monseignat. Après avoir dit que l'homicide, commis dans les circonstances prévues dans l'article 329, était offert par le projet de loi pour *exemple* de l'homicide légitime, le rapporteur ajoutait : « Ces espèces particulières indicatives, mais non restrictives de l'homicide légitimement commis, sont consignées dans la loi pour avertir que, si elle consent à regarder comme légitime l'action qui a pour objet de repousser la mort dont nous sommes menacés, elle réduit l'usage de ce droit au seul cas où l'impérieuse nécessité nous en ferait un devoir ».

les autres cas, la détermination de ces conditions est abandonnée à la sagesse des magistrats? Pour nous, avec la jurisprudence, nous croyons que la loi a entendu créer une *double présomption de légitime défense*, qui existe par cela seul que les circonstances, prévues par le texte, sont reconnues constantes par le juge. Mais, en admettant ce point de vue, on peut donner, à cette présomption, soit la valeur d'une *présomption simple*, soit la valeur d'une *présomption irréfragable*. C'est ce dernier caractère que la jurisprudence paraît lui reconnaître [2]. Mais lorsqu'il s'agit d'apprécier la culpabilité d'une personne, il n'y a point de présomption irréfragable pour ou contre l'inculpé. Les conditions de la légitime défense sont toujours requises. Mais, en général, l'inculpé, qui invoque ce moyen, doit établir que l'homicide ou les coups et blessures « étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense ». Tandis que, dans les deux hypothèses prévues par l'article 329, la loi présume l'existence de ces conditions. L'effet de cette disposition est donc de rendre inutile, en faveur de l'accusé, la preuve des conditions habituelles de la légitime défense, en la remplaçant par celle des faits mêmes sur lesquels la présomption est fondée. Ce sera donc, par un renversement des règles générales, à l'accusation qu'il appartiendra d'établir, si elle veut obtenir une condamnation, que les conditions de la légitime défense n'existaient pas.

308. Le premier cas de légitime défense se rattache à deux idées corrélatives : celle du domicile qui doit être, surtout la nuit, un asile inviolable; celle du danger que fait courir aux habitants l'emploi de l'escalade ou de l'effraction. Celui qui

animum, non solum furandi, sed etiam occidendi, vel saltem, cum si de nocte veniat, ratione temporis, discerni non posset an ad furendum, an vero ad occidendum venerit.

Le droit de tuer le voleur de nuit, pris sur le fait, est reconnu par les plus anciennes législations, par les lois de Moïse et de Solon, par la loi des XII Tables[4]. On lit, dans l'Exode : « *Si effringens fur domum sive suffodiens fuerit inventus, et accepto vulnere mortuus fecerit, percussor non erit reus sanguinis. Quod si orto sole id fecerit, homicidium perpetravit, et ipse morietur*[5] ». Démosthène, dans son plaidoyer contre Timocrate, rapporte cette loi de Solon : « Si quelqu'un a volé quelque objet pendant la nuit, qu'il soit permis de le tuer, de le blesser en étant à sa poursuite, et de le conduire, si cela convient, devant les magistrats. » Les jurisconsultes romains[6] rappellent souvent que la loi des XII Tables « *furem nocti deprehensum occidere permittit ut tamen id ipsum testificetur* ». Le Code pénal français a conservé cette distinction traditionnelle.

Quelles que soient, du reste, l'étendue et la force de la présomption de légitime défense, il faut la restreindre, comme toute présomption, dans les termes mêmes où elle a été édictée par la loi.

L'homicide, les coups et blessures ne seront *justifiés* qu'à trois conditions : — 1° Il faudra qu'ils aient été accomplis *en repoussant l'escalade ou l'effraction...* L'article 329 serait-il encore applicable si l'escalade ou l'effraction était *consommée?* Cette situation ne répond pas exactement aux termes du texte, qui suppose l'escalade ou l'effraction seulement *tentée;* mais presque tous les auteurs et la jurisprudence estiment, par un argument *a fortiori,* qu'elle y est implicitement comprise[7]. Nous

[4] On consultera THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel,* t. I, p. 189.

[5] *Exode,* chap. XXII, V, 2 et 3.

[6] GAIUS, Loi 4, D. *Ad legem Aquiliam.* Comp. ULPIEN, Loi 9, D. *Ad legem Corneliam de sicariis;* AULU-GELLE, 8, 1; MACROBE, *Satires,* 1, 4, 19. Le texte de la loi des XII Tables nous est rapporté par ces deux derniers auteurs : *Si nox furtum faxsit, si im occidit jure cæsus esto.*

[7] La jurisprudence a étendu les dispositions de l'article 329, § 1, à cette situation. Voy. Amiens, 16 mars 1843 (S. 43.2.140); Cass., 11 juill. 1844 (S. 44.1.358); 8 déc. 1871 (S. 72.1.366). « Attendu, disait le réquisitoire

avons quelque peine à admettre cette solution. Sans doute, les personnes de l'intérieur qui, se trouvant en face d'un malfaiteur, le blesseront ou le tueront, pourront invoquer, pour justifier leurs actes, la légitime défense, mais dans les termes de l'article 328, et sans pouvoir se couvrir de la présomption légale de l'article 329. L'escalade et l'effraction pendant la nuit permettent à l'habitant de craindre, pour sa personne, un danger immédiat qu'il serait peut-être impossible d'éviter en laissant les auteurs de l'escalade et de l'effraction s'introduire dans la maison : voilà pourquoi la loi autorise à repousser l'escalade ou l'effraction par tous les moyens. Mais quand le malfaiteur s'est introduit dans l'habitation, le droit commun reprend son empire et l'homicide ne peut être justifié que s'il est « commandé par la nécessité ». — 2° Il faut que la maison soit *habitée*. Aux termes de l'article 390 du Code pénal, est réputé maison « habitée » tout bâtiment, tout appartement et généralement tout lieu qui, « sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation ». Cette définition ne nous paraît pas devoir être appliquée ici. L'article 329 donne le droit de repousser par la force l'escalade et l'effraction, parce qu'il envisage ces actes comme des attentats qui menacent les personnes : il doit donc supposer que la maison est *actuellement habitée*. — 3° L'homicide, les coups et blessures ne seraient justifiés que si l'escalade et l'effraction avaient eu lieu *pendant la nuit*[8]. Si l'escalade et l'effraction ont

présenté à la Chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Amiens, que cette disposition (C. p., art. 329, § 1) est conçue d'une manière générale; qu'elle ne doit pas être restreinte au cas où l'escalade, l'effraction n'aurait point encore été consommée, mais serait seulement commencée ou sur le point de l'être; qu'elle comprend évidemment dans ses termes le

eu lieu le jour, l'emploi de la force n'est plus légitime et constitue une simple excuse atténuante (C. p., art. 322 et 326).

Ce qu'il faut remarquer, c'est que la présomption légale de légitime défense paraît justifier les actes accomplis dans les termes de la loi, quel qu'ait été le *but* de l'escalade ou de l'effraction, que l'auteur de l'agression en ait voulu à la vie des personnes habitant la maison, à leur propriété, ou même à leur honneur. C'est surtout à ce dernier point de vue que la disposition de l'article 329 est dangereuse : elle permet de justifier, en effet, jusqu'au meurtre commis dans des circonstances où il serait avéré qu'aucun des habitants de la maison n'a couru de danger personnel et savait ne courir de danger personnel[9]. Le législateur eût mieux fait de laisser les hypothèses qu'il prévoit sous la règle générale de l'article 328, en donnant au juge une pleine liberté d'appréciation pour examiner et contrôler la question de savoir si les conditions générales de la légitime défense existaient[10].

ici aucune des règles de la *nuit légale* (C. proc. civ., art. 781 et 1037); c'est de la *nuit effective* qu'il s'agit, c'est-à-dire de l'espace de temps qui suit le crépuscule du soir jusqu'au crépuscule du matin. L'article 478 du Code pénal belge s'explique, d'une manière formelle, sur la manière d'interpréter les mots *jour* et *nuit* : « Le vol commis pendant la nuit est le vol commis plus d'une heure avant le lever et plus d'une heure après le coucher du soleil ».

[9] La question s'est présentée dans un certain nombre de circonstances. *a*) Dans l'affaire de la comtesse de Jeufosse, qui fit tuer, par son garde Crépin, un de ses voisins, Guillot, coupable d'avoir escaladé, la nuit, la haie du parc pour venir déposer un billet sur la fenêtre de Mlle de Jeufosse. Sur la plaidoirie de Berryer (Cour d'assises du Loir-et-Cher, 18 déc. 1857), le jury prononça l'acquittement des accusés, qui avaient été renvoyés devant la Cour d'assises, la Chambre des mises en accusation, n'ayant pas admis l'application de l'art. 329, § 1. *b*) Dans l'affaire Pochon, coupable d'avoir fait fusiller, par son fils, un jeune homme qui se rendait, par escalade, la nuit, à un rendez-vous dans la chambre de sa fille; le jury déclara encore les accusés non coupables (Cour d'assises de la Moselle, 27 févr. 1858). *c*) La jurisprudence a admis plusieurs fois l'application de l'article 329, à l'occasion d'escalades nocturnes ayant pour objet des rendez-vous adultères; elle a consacré le droit du mari, informé des intentions de l'auteur de l'escalade, d'user de l'article 329, § 1, et de tuer ou de blesser son rival. Voy. les arrêts cités *suprà*, note 2.

[10] Le Code pénal belge a ajouté à l'article 417, qui correspond à notre

309. La seconde hypothèse prévue par l'article 329 ne donne lieu à aucune difficulté. La loi justifie l'homicide, les blessures et les coups, si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. Ici, le but de l'agression est le vol ou le pillage, c'est-à-dire un délit contre la propriété; mais les violences envers les personnes en sont la conséquence ou le moyen. Cette disposition n'existerait pas que la personne attaquée aurait bien, dans ce cas, le droit de se défendre : nous avons admis, en effet, que la violence à l'égard des personnes, exercée à l'occasion d'un délit relatif aux biens et afin de le faciliter, rentrait dans les termes de l'article 328. Mais la personne attaquée devrait établir, pour justifier sa défense, que les violences ont pu mettre en péril, sa vie, son intégrité corporelle; elle ne devrait pas non plus dépasser, dans sa réaction défensive, les limites de la nécessité. La loi, dans l'article 329, la dispense de toute preuve; elle lui donne le droit de tuer le voleur ou le pillard qui emploie la violence, sans qu'il y ait à examiner le danger couru, ou l'excès de défense. Et il faut remarquer que le texte ne distingue pas si les vols ou pillages dont il s'agit ont lieu pendant la nuit ou pendant le jour, s'ils ont été ou non accomplis avec escalade ou effraction.

§ I. — DE L'ORDRE DE LA LOI ET DU COMMANDEMENT DE L'AUTORITÉ LÉGITIME

(C. p., art. 327)

310. Principe. — **311**. Double condition du fait justificatif. — **312**. De l'obéissance hiérarchique. — **313**. De l'obéissance domestique. Crainte révérentielle.

tion sociale elle-même. Le droit romain et notre ancienne jurisprudence admettaient pleinement pour l'homicide, comme fait justificatif, le commandement de l'autorité conforme à la loi. Mais c'est dans le Code pénal de 1791 que furent insérées les dispositions formelles qui devaient être l'origine de l'article 327 du Code pénal de 1810[1]. « *Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime* ». Ce texte s'occupe spécialement de l'homicide, et des coups et blessures; car c'était sur ces hypothèses qu'avaient surtout porté les observations de nos anciens criminalistes, qui qualifiaient alors l'homicide d'*homicide licite*. Mais il est certain que le principe, dont l'article 327 fait l'application, doit être généralisé : sont légitimes, en effet, les arrestations commandées, en vertu d'un texte de loi, sous forme de mandats, par les magistrats instructeurs ou les officiers du ministère public; les violations de domicile, dans les cas prévus par la loi, par les autorités ou les agents qui en ont reçu le pouvoir, comme les exécutions à mort faites en vertu d'une condamnation irrévocable et sur l'ordre de l'autorité compétente[2].

Pour la justification de ces faits, l'article 327 exige la réunion de deux conditions : 1° l'*ordre de la loi;* 2° le *commandement de l'autorité légitime*[3]. Par là, le législateur empêche les violences arbitraires des agents de l'autorité, puisqu'il faut que l'homicide, les coups et blessures aient été ordonnés ou autorisés[4] par

§ L. [1] Code pénal de 1791, 2e part, tit. II, sect. 1, art. 3 et 4, 5 et 18.

[2] Ce principe, étant applicable à tous les délits, est, avec raison, formulé, d'une manière générale, par l'article 70 du Code pénal belge de 1867 : « Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime ». On en rapproche la disposition de l'article 49 du Code pénal italien : « N'est pas punissable celui qui a commis le fait : 1° En vertu d'une disposition de la loi, ou d'un ordre, qu'il était obligé d'exécuter, de l'autorité compétente... ».

[3] Cette qualification de *légitime* a été supprimée comme inutile par le Code pénal belge.

[4] Il ne faut pas prendre les mots « ordonnés » par la loi, dans un sens restrictif. En effet, il suffit, pour justifier l'acte, que celui-ci soit *autorisé*. Par exemple, la détention préventive n'est jamais ordonnée, mais elle est autorisée dans certains cas.

la loi; il empêche aussi que la loi ne soit appliquée d'une manière aveugle, puisque la nécessité de cette application devra être appréciée par l'autorité légitime, qui demeurera responsable du faux usage ou de l'abus qu'elle en aura fait. On avait proposé de substituer, dans la rédaction de l'article 327, la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*, en prétendant que, dans certains cas, l'ordre de la loi devait suffire, dans d'autres, le commandement de l'autorité légitime. Cette proposition ne fut pas admise par le Conseil d'État[5]. Il faut donc, pour qu'un acte soit *justifié*, par application de l'article 327, qu'il soit ordonné ou permis par la loi, commandé par l'autorité compétente, et régulièrement exécuté.

311. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, « *il y a crime ou délit* ». — Ainsi, les arrestations, opérées par un agent de la force publique, dans un cas où la loi les autorise, mais sans l'accomplissement des formalités légales, protectrices de la liberté individuelle, constituent le délit d'arrestation ou de détention arbitraire (C. p., art. 120)[6]. A l'inverse, les arrestations, commandées par un agent de la force publique, dans un cas où la loi ne les autorise pas, peuvent, suivant les circonstances, tomber sous le coup des articles 114, 184, 186, 188 du Code pénal.

312. Que ces actes constituent des crimes ou des délits pour le fonctionnaire qui les aura ordonnés, cela n'est pas douteux : mais seront-ils imputables aux agents inférieurs qui auront exécuté ou fait exécuter l'ordre qu'ils ont reçu? Cette question, qui concerne les agents civils comme les agents militaires, quoiqu'elle ait été plus particulièrement agitée pour ces derniers, doit se résoudre, au moins en principe, de la même manière

produit, sur ce point, la doctrine que formulait ainsi un jurisconsulte romain : *Is damnum dat qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est.* Le Code pénal italien, par exemple, dans le dernier alinéa de l'article 49, dit que « si le fait commis en exécution de l'ordre d'un officier public constitue une infraction, la peine établie relativement à cette infraction est appliquée à l'officier public qui a donné l'ordre[7] ». Le Code pénal français est plus réservé. D'une part, il n'accorde pas, dans une disposition générale, l'impunité à tout fonctionnaire qui se réfugie derrière un ordre de son supérieur. Et, d'autre part, dans les textes spéciaux où il s'occupe de cette situation, il reconnaît une *excuse absolutoire* et non un *fait justificatif* au profit des fonctionnaires qui ont agi par ordre de leurs supérieurs hiérarchiques. Deux textes du Code pénal ont cet objet, les articles 114 et 190. Le premier frappe de la dégradation civique tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement, qui aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou plusieurs citoyens, soit à la constitution; mais il ajoute : « Si néanmoins il (le fonctionnaire) justifie qu'il a agi *par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il était dû obéissance hiérarchique,* il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre ». L'agent inférieur est donc absous dans le cas prévu : 1° s'il prouve qu'il a reçu un ordre du supérieur hiérarchique auquel il devait obéissance; 2° s'il prouve que cet ordre concernait quelque objet du ressort de ce supérieur. L'article 190, qui est conçu dans les mêmes termes, déclare que les peines des abus d'autorité contre la chose publique cesseront d'être applicables aux fonctionnaires ou préposés qui auraient

[7] A rapprocher le § 43 du Code pénal des Pays-Bas : « N'est pas punissable celui qui commet un fait en exécution d'un ordre officiel donné par une autorité compétente. Un ordre officiel donné par une autorité incompétente ne supprime pas la criminalité, à moins que le subordonné n'ait de bonne foi considéré cet ordre comme étant donné par une autorité compétente et que l'accomplissement de cet ordre ne rentrait dans ses devoirs de subordonné ».

agi par ordre de leurs supérieurs. Il s'agit, dans ces textes, de délits politiques ou inspirés par des mobiles politiques : la loi a voulu que le subordonné s'en rapportât à son supérieur, dont la responsabilité doit le couvrir, au moins au point de vue de la pénalité[8].

Mais, dans les autres cas qui n'ont pas été prévus par la loi, la question de savoir si le délit commis par un inférieur, sur l'ordre de son supérieur, lui est imputable, est, avant tout, une question d'*intention*, qui ne peut être résolue *a priori* ni dans un sens ni dans l'autre. Dire que le subordonné n'est jamais coupable, c'est proclamer qu'il doit toujours l'obéissance passive, c'est mettre la loi à la disposition des chefs du gouvernement et ouvrir ainsi la porte aux coups de force[9]. Mais dire que le subordonné est toujours coupable, c'est le faire toujours juge de la légalité des ordres qu'il reçoit, c'est détruire la subordination hiérarchique et rendre impossible l'exercice du pouvoir. L'ordre du chef civil ou militaire sera, pour le subordonné, une cause de non culpabilité quand il aura conduit l'agent à la croyance raisonnée qu'il ne commettait pas de délit[10]. Cet état d'esprit pourra se rencontrer à une double condition : il faudra : 1° que l'illégalité de l'ordre n'ait pas été évidente; 2° que l'ordre ait concerné quelque objet du ressort du supérieur. Dans ce cas, toutes les circonstances concourent à faire naître une erreur qui est exclusive de toute intention coupable. Mais si, malgré l'ordre qu'il a reçu, le subordonné a eu conscience qu'il servait d'instrument à un acte délictueux, il est difficile de ne pas l'en déclarer responsable. Au reste, là où la responsabilité sera encourue, la peine, du moins, pourra être diminuée par l'admission de circonstances atténuantes, car le juge devra tenir

[8] Certains auteurs ont prétendu qu'il y avait là une application d'un principe général sous-entendu par la loi. Mais c'est évidemment une erreur. Le principe général se trouve *a contrario* dans l'article 327.

[9] Le serment militaire exclut cette obéissance passive, puisque le soldat n'est tenu à l'obéissance envers son supérieur hiérarchique qu'en tout ce qui lui est commandé pour le bien du service et pour l'exécution des règlements militaires (Ord. du 2 nov. 1833, chap. 25, art. 202 et 203).

[10] Dans ce sens : Bourges, 30 déc. 1870 (D. 71.2.226).

LIVRE SECOND

DE LA PEINE

TITRE PREMIER

DÉFINITION, CLASSIFICATION, ELÉMENT DE LA PEINE

§ LI. — LA PEINE EN GÉNÉRAL[1]

(C. p., art. 10)

4. La peine comparée aux autres sanctions de droit. — **315.** La peine produit un mal qui peut être utilisé pour l'amendement, l'intimidation, l'expiation, la vengeance. Idées directrices du système pénal français. Évolution de ces idées. — **316.** Toute peine suppose un jugement préalable sur la culpabilité. — **317** Du principe de la légalité des peines. Le rôle de la loi, du juge, de l'administration. Fixation de la peine par le juge. Des sentences indéterminées. — **318.** De l'égalité devant la peine. — **319.** De la personnalité des peines. — **320.** Mesures répressives, exclusives, correctionnelles.

314. La peine, c'est le mal que le pouvoir inflige à l'individu déclaré, par jugement, coupable d'une infraction. Elle est prononcée, soit d'office par le tribunal, par exemple en cas de délit commis à l'audience, soit sur la poursuite des fonctionnaires à qui l'exercice de l'action publique est confié par la loi (C. instr. cr., art. 1er).

§ LI. [1] BIBLIOGRAPHIE : TARDE, *Philosophie pénale*, p. 477 et suiv.; AUCKLER, *La peine et la fonction du droit pénal*, 1893; CUCHE, *L'avenir de l'intimidation*, *Rev. pénit.*, 1894, p. 788 à 805; GARRAUD, *Le problème moderne de la pénalité*, 1888.

les deux cas, dérive des mêmes principes[13]. Celui qui commet un délit par esprit de soumission ou par esprit de crainte ne peut puiser, dans cette circonstance, un motif d'acquittement; mais plus la responsabilité du provocateur sera grave, plus il aura abusé de son autorité, plus la culpabilité de l'agent qui a obéi aux ordres qu'il recevait ou aux suggestions dont il était l'objet sera atténuée. D'après l'article 1114 du Code civil : « La « seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre « ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit « point pour annuler le contrat ». Il s'agit ici de l'influence sur la valeur du consentement de la crainte de déplaire à certaines personnes que nous *révérons* par affection et par devoir; et l'idée, dont le texte est l'expression, est une idée commune dont il faut faire l'application à la volonté de commettre un délit comme à celle de prendre un engagement. Il est bien certain que l'ascendant, le patron, le maître, le mari qui exploite le respect que lui témoigne son descendant, son ouvrier, son domestique, pour lui faire commettre un délit, n'est pas seul responsable; car l'agent ne peut prétendre avoir été déterminé par une force irrésistible. C'est ainsi que le domestique est responsable, bien qu'il n'ait fait qu'obéir à l'ordre de son maître; le fils, à l'ordre de son père; la femme, à l'ordre de son mari[14]. Mais si la violence, soit morale, soit matérielle, se joignait à la crainte révérentielle, les rapports de famille ou de domesticité entre l'agent du délit et le provocateur, aggraveraient encore l'effet de la contrainte et permettraient au juge de baser l'irresponsabilité sur l'article 64[15].

LIVRE SECOND

DE LA PEINE

TITRE PREMIER

DÉFINITION, CLASSIFICATION, ELÉMENT DE LA PEINE

§ LI. — LA PEINE EN GÉNÉRAL[1]

(C. p., art. 10)

314. La peine comparée aux autres sanctions de droit. — **315.** La peine produit un mal qui peut être utilisé pour l'amendement, l'intimidation, l'expiation, la vengeance. Idées directrices du système pénal français. Évolution de ces idées. — **316.** Toute peine suppose un jugement préalable sur la culpabilité. — **317** Du principe de la légalité des peines. Le rôle de la loi, du juge, de l'administration. Fixation de la peine par le juge. Des sentences indéterminées. — **318.** De l'égalité devant la peine. — **319.** De la personnalité des peines. — **320.** Mesures répressives, exclusives, correctionnelles.

314. La peine, c'est le mal que le pouvoir inflige à l'individu déclaré, par jugement, coupable d'une infraction. Elle est prononcée, soit d'office par le tribunal, par exemple en cas de délit commis à l'audience, soit sur la poursuite des fonctionnaires à qui l'exercice de l'action publique est confié par la loi (C. instr. cr., art. 1er).

§ LI. [1] BIBLIOGRAPHIE : TARDE, *Philosophie pénale*, p. 477 et suiv.; GAUCKLER, *La peine et la fonction du droit pénal*, 1893; CUCHE, *L'avenir de l'intimidation*, *Rev. pénit.*, 1894, p. 788 à 805; GARRAUD, *Le problème moderne de la pénalité*, 1888.

Il ne faut pas confondre la peine avec les autres sanctions qui peuvent être la conséquence d'un acte illicite, telles que : 1° les *réparations civiles;* 2° les *nullités d'actes;* 3° les *incapacités* et *déchéances de droits;* 4° les *mesures disciplinaires.* Ces sanctions sont absolument *distinctes* et *indépendantes* de la sanction pénale, bien qu'elles se coordonnent entre elles pour assurer la protection du droit. De cette idée essentielle découlent de nombreux corollaires.

a) La règle *non bis in idem,* qui défend de punir deux fois le même fait, ne s'applique qu'à la peine proprement dite, mais elle ne s'oppose pas à ce que la sanction pénale se cumule et s'ajoute aux autres sanctions. Ces diverses sanctions étant distinctes, chacune d'elles produira son effet propre, chacune d'elles sera ou pourra être poursuivie par des personnes diverses et devant des juges différents. Une application formelle de cette règle est indiquée par l'article 10 du Code pénal, aux termes duquel : « *La condamnation aux peines établies par la loi est prononcée sans préjudice des restitutions et dommages-intérêts qui peuvent être dus aux parties* ». Ainsi, un notaire commet un faux dans un acte authentique : ce fait donnera lieu : 1° à une *action en dommages-intérêts* et en *nullité de l'acte,* qui pourra être poursuivie, par toute personne lésée ou intéressée, devant les tribunaux civils; 2° à une *action disciplinaire,* qui sera poursuivie, par le procureur de la République, devant le tribunal civil, ou par le syndic de la corporation, devant la chambre de discipline des notaires de l'arrondissement; 3° à une *action pénale* qui sera portée devant la cour d'assises par le procureur général. Le fait sera donc soumis, sous chacun de ces

appelées à statuer sur les conséquences du fait délictueux.

b) La mort de l'auteur d'un délit éteint l'action pénale qui ne peut être dirigée contre les héritiers (C. instr. cr., art. 2). Mais elle ne met obstacle ni à l'exercice de l'action civile en réparation, ni à l'exercice des actions en nullité. A l'inverse, l'extinction de ces actions par une renonciation ou une transaction laisse subsister l'action pénale (C. instr. cr., art. 4).

c) En cas de cumul de crimes ou de délits, commis par le même agent, une seule peine doit, en principe, être prononcée, de sorte que les sanctions pénales ne se cumulent pas entre elles (C. instr. cr., art. 365). Mais à la peine unique viendront s'ajouter les réparations civiles et les nullités d'acte, résultant de chacun des délits concurrents.

315. La peine consiste en un certain mal, en une souffrance physique ou morale : elle atteint le condamné dans les intérêts que lui garantit le droit lui-même, c'est-à-dire dans sa vie, sa liberté, son honorabilité, son patrimoine. Ce mal peut être utilisé pour l'*amendement* du délinquant, et il sert incontestablement à l'*intimidation* de ceux qui seraient tentés de l'imiter. C'est le côté utilitaire de la pénalité. Au point de vue moral, c'est par la souffrance que s'expie l'*injustice*, c'est par elle aussi que s'assouvit la *vengeance*. L'histoire de la pénalité se présente comme une perpétuelle oscillation entre ces diverses réactions utilitaires ou morales. Suivant la prédominance de l'une ou de l'autre, la peine prend un caractère bien différent. Si la répression doit servir à l'amendement, elle est subordonnée, dans son mode et sa durée, aux nécessités de la correction. Si elle est, avant tout, un instrument d'expiation, elle doit être proportionnée à la gravité morale de l'infraction commise, et cette gravité morale elle-même trouve sa mesure dans la responsabilité du délinquant. Si la peine s'inspire uniquement des nécessités de l'intimidation et de la prévention collective de la criminalité, il faut rendre la perpétration du délit redoutable, en faisant planer la menace d'un châtiment, toujours identique et toujours inévitable, sur ceux qui seraient tentés de le commettre. Comment concilier ces points de vue si différents? Toute législation positive, dans l'organisation de son système pénal,

s'inspire de certaines idées théoriques qu'elle tente de réaliser. En France, c'est aux déclarations de principes de la Révolution qu'il faut remonter pour comprendre notre système pénal. Mais les idées directrices de ce système, idées qui représentent un progrès évident sur celles qu'elles ont remplacées, subissent une évolution marquée. Des reprises successives ont été faites à l'édifice; elles ont complètement dénaturé son caractère primitif. Et il importe d'examiner, pour en tracer les grandes lignes, sur quelles bases a été construit notre système pénal et quelles modifications profondes on lui a fait subir : le point de départ et le point d'arrivée.

316. Une idée essentielle, qui n'a pas été entamée, est celle qui interdit au pouvoir social d'appliquer une mesure de répression, *par voie d'autorité*. La peine ne peut être encourue qu'après un *jugement* des tribunaux de répression, déclarant le prévenu ou l'accusé coupable du délit qui lui est reproché. Le point de départ de l'exécution d'une peine se trouve donc toujours dans un *jugement irrévocable,* c'est-à-dire dans un jugement ayant acquis force de chose jugée. D'où il suit qu'en matière répressive, tout recours contre une condamnation, qu'il soit formé, ou qu'il soit simplement possible, a pour effet d'en suspendre l'exécution. Telle est la première règle; elle a une influence nécessaire sur l'organisation et les délais des recours en matière de procédure.

317. La fixation de la peine n'est abandonnée ni à l'arbitraire de l'administration, ni à l'arbitraire de la justice; elle est déterminée par la loi même (C. p., art. 4). Le système dit de la *légalité des peines* a son origine dans la législation de l'Assemblée

Mais, de ces trois conséquences du principe de la légalité des peines, une seule subsiste encore, la première. Aujourd'hui, trois autorités concourent, en France, à la fixation de la peine : la *loi*, le *juge*, l'*administration*. *a*) Le législateur crée les incriminations et établit, au regard de chacune d'elles, la peine qu'il juge appropriée. Lui seul a ce double droit. Donc les tribunaux ne pourraient, sans excès de pouvoir, incriminer eux-mêmes des faits qui n'auraient pas été incriminés par la loi (*nullum delictum sine lege*). Ils ne pourraient pas non plus, soit prononcer des peines qui ne seraient pas édictées par la loi, comme l'amende honorable, ou qui seraient abolies, comme la marque, l'exposition publique, soit prononcer une peine établie par la loi en dehors des cas prévus par elle, la réclusion au lieu de l'emprisonnement par exemple (*nulla pœna sine lege*)[2]. *b*) Mais le juge n'est plus, comme dans le système de 1791, l'exécuteur automatique des menaces législatives. On a fini par lui reconnaître un *pouvoir modérateur* dans l'application des peines légales, de sorte que, s'il ne peut pas aller au delà de la répression légale, il peut rester en deçà. Trois instruments lui sont donnés pour atteindre ce but. 1° Presque toujours, l'évaluation légale de la répression n'est faite que dans les limites assez larges d'un minimum à un maximum. Le juge reçoit alors, de la loi même qui fixe une peine mobile, le droit d'individualiser la répression dans sa durée ou dans sa quotité. 2° Il peut aussi la rendre moins afflictive pour le délinquant, en allégeant la peine légale par la déclaration de circonstances atténuantes. 3° Enfin, tout en prononçant une peine d'emprisonnement ou d'amende, il a le droit d'ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de la condamnation. Vient enfin l'administration qui fait subir la peine et dont le rôle ne consiste pas exclusivement à se conformer à la décision du juge. L'administration est investie d'un double droit : celui d'accorder, par voie de grâce, des remises ou des commutations de peine définitives et irrévocables; celui d'ouvrir les portes de la prison au condamné qui a subi la moitié de sa peine,

[2] Cass., 19 mars 1831 (D. A., v° *Dommage-Destruction*, n° 29); 11 juill. 1850 (D. 50.1.288); Trib. corr. de Metz, 28 sept. 1853 (D. 54.2.245).

en lui accordant une libération anticipée, mais *conditionnelle*.

A l'heure actuelle, par conséquent, pour qu'un délinquant subisse intégralement la peine qu'il a méritée d'après la loi, il faut qu'il traverse une série de malchances bien improbables. La vérité, c'est que la répression s'individualise tous les jours davantage sous l'influence grandissante du juge et de l'administration. La *loi* se place surtout au point de vue de l'exemplarité, les circonstances de faits et de personnes lui échappent : elle mesure *in abstracto* la dose de répression qui lui paraît nécessaire pour intimider ceux qui seraient tenté d'imiter le malfaiteur. Le *juge* se préoccupe moins du délit que du délinquant, et ce qu'il traduit dans sa sentence, c'est surtout son appréciation de la personnalité morale du coupable. L'*administration* travaille à l'amendement du condamné; elle ne peut croire que la société lui ait confié le condamné pour le faire souffrir mais pour le rendre meilleur, et le régime pénitentiaire, comme son nom l'indique, tend à réaliser la devise gravée au siècle dernier sur le fronton de la prison Saint-Michel de Rome : *Parum est coercere improbos pœna nisi probos efficias disciplina*.

L'histoire de la pénalité depuis cent ans se résume dans l'abdication constante et progressive du législateur entre les mains du juge et de l'administration. Le point de départ, c'est la légalité et la fixité des peines; le point d'arrivée, c'est la latitude laissée au juge, dans chaque cas, d'approprier la peine à la situation individuelle du délinquant et le droit de l'administration d'abréger une peine fixée d'avance ou d'en faire remise dans des conditions de surveillance et de contrôle que nous indiquerons plus loin.

italienne qui, la première, a critiqué la fixation d'avance, par jugement, de la durée de la peine. La répression, d'après cette école, a tantôt une fonction d'élimination, tantôt une fonction d'adaptation. Si le délinquant est incorrigible, la peine doit être perpétuelle. Si le délinquant est susceptible d'être amendé et réadapté, la peine doit être temporaire. Mais ce n'est pas au jour de la sentence que le type anthropologique, moral et social du délinquant peut être déterminé : il faut suivre les évolutions de la criminalité du condamné comme on suit les évolutions de la maladie d'un hospitalisé. La sentence doit être analogue à un billet d'hôpital : elle ouvre les portes de la prison, rien de plus. L'innovation qu'on préconise consisterait donc à enlever au juge le droit de fixer, à l'avance, la durée maxima de la peine. Les partisans de la sentence indéterminée se divisent, du reste, sur les questions d'organisation et d'application. Il y a les radicaux, qui généralisent et exagèrent la thèse. Le juge déclarerait la culpabilité de l'accusé et l'enverrait en prison, mais le jour de la libération ne serait fixé que plus tard par une commission, soit d'experts, soit d'administrateurs ou de juges. L'*exeat* serait délivré au condamné, comme il est délivré à l'aliéné, après

Wach (*Reform des Freheitsstrafe*, 1890); Aschrott (*Aus dem Strafen-und Gefängniswesen Nordamerikas*, 1889); Mittelstädt (*Für und wider die Freheitsstrafen, Zeitschrift* de Liszt, t. II, p. 419 et suiv.); von Liszt (*Kriminalpolitische Aufgaben, ibid.*, t. IX, p. 490 et suiv., p. 737 et suiv.; t. X, p. 53 et suiv.); Appelius (*Zeitschrift* de Liszt, t. XII, p. 1 et suiv.); Sternau (*Zeitschrift* de Liszt, t. XIII, p. 17 et suiv.); Zucker (*Einige Kriminalistische Zeit-und Streitfragen, Gerichtssaal*, t. XLIV, p. 1 et suiv.); Lammasch (*Kriminalpolitische Studien, ibid.*, t. XLIV, p. 147 et suiv.); Mittelstädt (*Schuld und Strafe, ibid.*, t. XLVI, p. 237 et suiv.), etc. Dans notre langue, nous citerons : Tarde, *Positivisme et pénalité, Archiv. de l'anthr.*, t. II, p. 32 et suiv.; Gautier, *Pour et contre les peines indéterminées, Revue pénale suisse*, 1893, p. 1 et suiv. On trouvera, soit dans la *Revue pénitentiaire*, soit dans le *Bulletin de l'Union internationale du droit pénal*, de nombreux articles sur la question. Voy. notamment A. van Hamel, *Latitude laissée au juge par la loi pour déterminer la peine* (*Bull. prisons*, 1887, p. 485). En Amérique, on est même passé de la théorie à la pratique. M. L. R. Brockway a fondé, à Elmira, un établissement basé sur le principe de la peine indéterminée. La *Société des prisons* a, bien souvent, appelé l'attention sur cette œuvre de charité. Mais, comme on l'a dit, Elmira n'est pas un système, c'est l'œuvre d'un homme de bien.

constatation de la guérison. Il y a les modérés, qui restreignent la sentence indéterminée à une catégorie toute spéciale de délinquants, soit aux condamnés jeunes, soit aux récidivistes. Dans cette opinion, la sentence indéterminée ne doit frapper que celui qui peut être relevé, ou celui qui ne peut pas l'être, l'incorrigible, classé comme tel par de nombreuses condamnations antérieures, celui qu'on ne peut libérer sans péril, puisqu'il n'use de sa liberté que pour commettre de nouveaux méfaits. La condamnation indéterminée serait, pour cette catégorie de délinquants, une garantie contre la perpétuité du châtiment.

Sauf quelques esprits attardés, tout le monde admet que la peine ne peut être irrévocablement fixée au jour de la condamnation. Si le détenu donne des marques de repentir, si on peut être assuré qu'il reprendra une place utile dans la société, personne n'aura l'idée de le maintenir en prison, jusqu'au terme de sa peine, par respect théorique de la chose jugée. De tout temps, la grâce est intervenue pour mettre fin à des peines qui, devenues inutiles, ne sont plus légitimes. Dans notre droit, la grâce prend deux formes : la *grâce* proprement dite et la *libération conditionnelle*. Substituer à ce système celui de la sentence indéterminée, ce serait ne pas tenir compte du vice irréductible de l'innovation : l'arbitraire conduisant à la détention illimitée. Ce qui pourrait être tenté dans la voie de l'*indétermination relative*, ce serait d'obliger le juge, dans certaines circonstances, à prononcer la peine pour une durée maxima, durée qui serait relevée par la loi. Le pouvoir d'appréciation du juge s'exerce aujourd'hui dans le sens de l'atténuation ; pourquoi ne s'exercerait-il pas dans le sens de l'aggravation ? Aujourd'hui, le juge

contraire à nos idées de justice, sans toucher au principe de la légalité des peines. Dira-t-on que nous laissons encore une trop large place à l'arbitraire? Soit; mais il y a un abîme, « entre l'arbitraire qui consiste à abréger, dans des conditions de surveillance et de contrôle, et pour un temps déterminé, une peine fixée d'avance, et l'arbitraire qui consiste à prolonger indéfiniment une peine dont la durée n'est pas fixée ».

318. L'*égalité devant la peine* est encore un des aphorismes du droit pénal de la Révolution. Mais cette égalité n'existe qu'au point de vue de la loi, qui organise et prononce la peine *sine acceptione personarum*. Dans l'application judiciaire, il est tenu compte des *conditions individuelles* des délinquants, de sorte que, dans un pays d'égalité, il n'est pas tout à fait exact de dire que « les délits du même genre sont punis par le même genre de peines ». A l'égalité de droit, correspond l'inégalité de fait. Cette contradiction, réelle ou apparente, s'accentue de plus en plus, dans le droit pénal moderne, puisque la répression, comme nous l'avons souvent constaté, tend à s'*individualiser*, c'est-à-dire à s'adapter, dans ses conditions et sa mesure, à la situation individuelle du délinquant.

319. La *personnalité des peines* est une des bases du système pénal moderne : on l'a rattachée, à tort, à l'idée de la reponsabilité. De ces deux notions, autant la première est incontestable, autant la seconde l'est peu.

a) La peine doit être personnelle ou, pour mieux dire, *individuelle*, puisque, quelque soit le but de la répression, il s'agit d'atteindre l'individu même auquel elle est infligée[1]. Pour mettre en œuvre ce principe, le législateur a le double devoir : 1° de ne pas faire porter la peine sur d'autres que le coupable; 2° et d'écarter, de son système pénal, toute peine qui aurait ce caractère. Il est vrai de dire qu'il est impossible de restreindre la répression à l'individu; toute peine produit des effets indi-

[1] Il ne faudrait pas conclure de là qu'une condamnation ne puisse être prononcée contre un individu qui refuse de déclarer ses nom et profession. Mais il faut, dans ce cas, que l'identité entre la personne condamnée et celle qui s'est rendue coupable du délit soit constante. *Sic*, Cass., 15 févr. 1849 (D. 49.1.135); 17 mars 1854 (D. 54.5.96).

rects qui retombent sur des innocents. Le devoir du législateur consiste à ne pas étendre ces résultats au delà de leur portée naturelle, à ne pas devenir, lui-même, par le choix de certaines peines, la cause immédiate d'une incidence qui ne serait ni naturelle ni nécessaire. Le juge, lui aussi, doit respecter ce principe primordial de la personnalité des peines, dont l'expression ne se trouve pas dans le Code, mais qui s'impose à son respect parce qu'il inspire et explique l'ensemble des dispositions de la loi (C. instr. cr., art. 2). C'est à propos des peines pécuniaires que nous en retrouverons surtout l'application[5].

b) Mais si la loi ne doit pas directement frapper l'innocent, elle doit frapper tous les coupables; or, le crime n'est pas un acte isolé de perversité individuelle; il ne peut se développer qu'avec la complicité du milieu. Et c'est dans le sens d'une extension de la responsabilité que la notion mieux comprise de l'influence du milieu oriente les législations modernes.

320. La division des peines, en mesures *répressives, exclusives, correctionnelles,* suivant la classe à laquelle appartient le délinquant, n'existe que nominalement dans notre système pénal. Elle est faite, du reste, sans discernement suffisant. C'est ainsi que le Code pénal a donné un caractère *afflictif* aux peines réservées aux individus qui commettent des crimes, tandis qu'il a prétendu donner un caractère *correctionnel* aux peines réservées aux condamnés pour délits. Mais c'est dans la *qualification légale,* plutôt que dans la *réalité des choses,* que cette différence existe entre ces deux catégories de peines. Enfin, la loi élimine du territoire français, par une relégation dans des colonies pénales, les récidivistes présumés *incorrigi-*

§ LII. — CLASSIFICATION DES PEINES

(C. p., art. 6 à 11.)

321. Classifications diverses des peines. — **322.** Peines criminelles, correctionnelles et de police. — **323.** Peines principales, accessoires, complémentaires. — **324.** Peines de droit commun; peines politiques. — **325.** Peines perpétuelles; peines temporaires. — **326.** Peines afflictives ou infamantes et peines correctionnelles. — **327.** Système général de la commission de révision du Code pénal français.

321. Les classifications des *peines* sont aussi nombreuses que celles des *délits*. Nous allons indiquer les principales, celles qui se dégagent de l'ensemble du système pénal.

322. *Peines criminelles, correctionnelles, de simple police.* — La peine est la conséquence de l'infraction. Cependant, aux termes de l'article 1er du Code pénal, elle la *qualifie*, en ce sens que la peine *applicable* et non la peine *appliquée*, marque la gravité d'une infraction, en la classant parmi les *crimes*, les *délits*, les *contraventions*. La classification des peines correspond, par conséquent, à la classification des infractions, c'est-à-dire que, parmi les châtiments qu'organise la loi pénale, il en est qui sont propres, soit aux crimes, soit aux délits, soit aux contraventions; il en est d'autres qui sont communs aux crimes et aux délits; d'autres, qui peuvent être appliqués aussi bien en matière criminelle et correctionnelle qu'en matière de simple police.

Cette classification *générale* des peines est la seule qu'adopte expressément le Code pénal; les articles 6 à 11 contiennent *l'énumération* des peines en matière criminelle et correctionnelle; l'article 464, celle des peines de simple police. Mais cette énumération n'est ni *complète* ni *exacte*.

I. Les *peines exclusivement applicables en matière criminelle* sont celles qui ont été attachées par la loi aux seuls *crimes*. Ce sont : 1° la mort; 2° les travaux forcés à perpétuité; 3° la déportation dans une enceinte fortifiée; 4° la déportation simple; 5° les travaux forcés à temps; 6° la détention; 7° la réclusion; 8° le bannissement; 9° la dégradation civique. Ces peines sont

les seules énumérées par les articles 6, 7 et 8 du Code pénal. Elles sont présentées suivant l'ordre de leur gravité relative, en faisant observer, du reste, que la déportation du Code pénal a été dédoublée, par la loi du 8 juin 1850, en déportation simple et déportation dans une enceinte fortifiée. Mais il faut ajouter à ces peines, comme étant réservées aux crimes : 10° l'interdiction légale; 11° la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit par donation ou par testament; 12° l'assignation de domicile après prescription de la peine (C. p., art. 7, 8 et 29 ; L. 31 mai 1854, art. 3; C. instr. cr., art. 635).

Cette énumération a subi, depuis 1810, des modifications en un double sens.

a) Certaines peines, qui figuraient dans le Code pénal, ont disparu depuis 1810. — L'abrogation de la *confiscation générale,* qui consistait dans l'attribution de tous les biens du condamné au domaine de l'État, a été prononcée par la Charte de 1814 (art. 66). Cette peine avait le défaut de faire retomber directement sur la famille, qu'elle privait du patrimoine du condamné, les conséquences d'une faute qui lui était étrangère. — La *marque,* qui avait été recueillie, dans notre ancienne législation criminelle, par le Code pénal de 1810, en a été retranchée en 1832. Les condamnés, frappés de cette peine, étaient flétris, sur la place publique, par l'application d'une empreinte, avec un fer rouge, sur l'épaule droite. Infligée aux condamnés aux travaux forcés à perpétuité, cette peine constituait une cruauté inutile; appliquée aux condamnés à temps, elle était un obstacle à leur réhabilitation[1]. — Parmi les peines criminelles, figurait

en ces termes : « Quiconque aura été condamné à l'une des peines des travaux forcés à perpétuité, des travaux forcés à temps ou de la réclusion, *avant de subir sa peine, demeurera, durant une heure, exposé aux regards du peuple sur la place publique. Au-dessus de sa tête, sera placé un écriteau, portant en caractères gros et lisibles, ses noms, sa profession, son domicile, sa peine et la cause de sa condamnation,* » avait été rendue facultative, en 1832, en cas de condamnation aux travaux forcés à temps ou à la réclusion. Elle a été définitivement supprimée par un décret du 12 avril 1848. — Enfin, la mort civile n'existe plus : une loi du 31 mai 1854 l'a abolie.

b) A l'inverse des peines supprimées, nous trouvons une peine ajoutée à l'énumération des peines criminelles par la loi du 28 avril 1832 : c'est la *détention*. — De plus, la peine de la *déportation*, inscrite déjà dans le Code pénal, a été réorganisée par la loi du 8 juin 1850, qui distingue, désormais, deux degrés dans la peine : la *déportation dans une enceinte fortifiée* et la *déportation simple*.

II. Les peines *en matière correctionnelle* sont celles qui ont été réservées aux seuls *délits*. Il faut faire observer toutefois : 1° qu'elles peuvent, par l'effet des circonstances atténuantes ou des excuses, être appliquées aux crimes; 2° qu'elles peuvent, par suite des mêmes causes, être réduites, *mais sans changer de nature,* à la durée et à la quotité des peines de police.

Les peines correctionnelles sont : 1° l'emprisonnement correctionnel avec l'obligation du travail (C. p., art. 9 et 40); 2° l'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille (C. p., art. 9 et 42); 3° les incapacités ou déchéances prononcées par des lois spéciales.

L'amende, énumérée, par l'article 7, parmi les peines correctionnelles, n'a pas exclusivement ce caractère.

III. Les peines *de police* sont celles qui ont été exclusivement réservées aux *contraventions de police*. Deux seulement, parmi les trois peines qu'énumère l'article 464 du Code pénal, ont cette nature : 1° c'est l'emprisonnement de cinq jours au plus dans un autre lieu qu'une maison de correction, sans l'obligation du travail; 2° c'est l'amende, dont le minimum est d'un franc et le

maximum de quinze. La confiscation dont parle l'article 464, est plus générale.

IV. Trois peines sont communes aux matières criminelles et correctionnelles; ce sont : 1° la surveillance de la haute police, remplacée par l'interdiction de séjour (C. p., art. 11; L. 27 mai 1885, art. 19); 2° la relégation ou internement perpétuel hors du territoire continental de la France (L. 27 mai 1885, art. 1 à 18); 3° l'amende, dont le minimum est de seize francs et dont le maximum général n'est pas déterminé.

V. Il y a deux peines communes aux matières criminelles, correctionnelles, et de police, ce sont : 1° la confiscation spéciale; 2° la publicité des arrêts ou jugements portant une condamnation pénale (C. p., art. 36).

323. *Peines principales, accessoires, complémentaires.* — Cette classification est tirée des rapports que les peines peuvent avoir entre elles. Quoique le Code pénal ne l'indique pas d'une manière expresse, elle résulte cependant de l'ensemble de ses dispositions, difficilement explicables si on en fait complète abstraction.

Les peines *principales* ont deux caractères qui les distinguent des peines accessoires : 1° elles fonctionnent comme instrument direct de pénalité et constituent la répression même de l'infraction; 2° elles ne peuvent être subies sans avoir été prononcées par le jugement ou l'arrêt de condamnation. En un mot, ce sont celles que le juge inflige et doit infliger *par une disposition spéciale et expresse de sa décision.*

Les peines *accessoires* ont surtout pour but d'assurer l'efficacité de la peine principale ou de prévenir la récidive; elles sont

condamné après prescription de la peine principale; 4° quelques incapacités particulières, comme celle d'être juré (L. 21 nov. 1872, art. 2); 5° la publicité par affiche des arrêts portant une peine criminelle (C. p., art. 36).

Les peines, tantôt principales, tantôt accessoires, sont : 1° la dégradation civique; 2° le renvoi sous la surveillance de la haute police, aujourd'hui remplacé par l'interdiction de séjour.

Les articles 7 et 8 du Code pénal contiennent seulement l'énumération des peines principales en matière criminelle; si la dégradation civique y est indiquée, c'est qu'elle fonctionne parfois comme peine principale.

Les peines *complémentaires* tiennent le milieu entre les peines accessoires et les peines principales. Comme les premières, elles sont le complément d'autres peines et ne sont jamais encourues seules; comme les secondes, elles doivent être prononcées d'une manière formelle et sont attachées, non à certaines peines, mais à certains délits. L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, édictée par l'article 42, peut être citée comme le type des peines complémentaires. Il en est de même de l'amende en matière criminelle. On ajoutera, à cette liste, la confiscation spéciale.

La relégation, peine nouvelle appliquée aux récidivistes par la loi du 27 mai 1885, a un caractère à part. Elle doit être prononcée pour être encourue; en ce point, elle ressemble aux peines complémentaires. Mais le juge ne peut se dispenser de la prononcer, lorsque le condamné se trouve dans les conditions de la loi; et, en ce point, elle ressemble aux peines accessoires. Nous verrons, du reste, qu'elle est quelquefois prononcée comme peine principale (L. 28 juill. 1894, art. 3, 4, 5 et 6).

324. *Peines de droit commun; peines politiques*[1]. — Cette distinction des peines n'est faite par la loi qu'en *matière criminelle*. Elle correspond à la division des crimes, en crimes de droit commun et crimes politiques. Les peines correctionnelles

[1] Les condamnés politiques à l'emprisonnement jouissent d'un régime spécial et favorable, réglementé par arrêté du ministre de l'Intérieur en date du 4 janvier 1890.

maximum de quinze. La confiscation dont parle l'article 464, est plus générale.

IV. Trois peines sont communes aux matières criminelles et correctionnelles; ce sont : 1° la surveillance de la haute police, remplacée par l'interdiction de séjour (C. p., art. 11; L. 27 mai 1885, art. 19); 2° la relégation ou internement perpétuel hors du territoire continental de la France (L. 27 mai 1885, art. 1 à 18); 3° l'amende, dont le minimum est de seize francs et dont le maximum général n'est pas déterminé.

V. Il y a deux peines communes aux matières criminelles, correctionnelles, et de police, ce sont : 1° la confiscation spéciale; 2° la publicité des arrêts ou jugements portant une condamnation pénale (C. p., art. 36).

323. *Peines principales, accessoires, complémentaires.* — Cette classification est tirée des rapports que les peines peuvent avoir entre elles. Quoique le Code pénal ne l'indique pas d'une manière expresse, elle résulte cependant de l'ensemble de ses dispositions, difficilement explicables si on en fait complète abstraction.

Les peines *principales* ont deux caractères qui les distinguent des peines accessoires : 1° elles fonctionnent comme instrument direct de pénalité et constituent la répression même de l'infraction; 2° elles ne peuvent être subies sans avoir été prononcées par le jugement ou l'arrêt de condamnation. En un mot, ce sont celles que le juge inflige et doit infliger *par une disposition spéciale et expresse de sa décision.*

Les peines *accessoires* ont surtout pour but d'assurer l'efficacité de la peine principale ou de prévenir la récidive; elles sont encourues, *de plein droit*, en vertu de la loi, et viennent s'adjoindre à la peine principale pour la corroborer et pour en consacrer les conséquences juridiques.

Il est, du reste, des peines qui fonctionnent avec ce double caractère, tantôt comme peines principales, tantôt comme peines accessoires.

Les peines toujours accessoires, sont : 1° l'interdiction légale; 2° la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit par donation ou par testament; 3° l'assignation de résidence au

séquences de la distinction des deux échelles de peines criminelles dans l'article 463. Une peine cependant restait commune aux crimes politiques et aux crimes ordinaires, c'était la *peine de mort*. Elle a été abolie, en matière politique, en 1848, et la loi du 8 juin 1850 l'a remplacée par la déportation dans une enceinte fortifiée. Ces dispositions ont complètement séparé les deux échelles de peines : si donc cette distinction des peines politiques et des peines de droit commun n'est pas expressément déterminée par la loi, elle résulte de l'ensemble de ses dispositions, et elle est, en général, observée, dans les cas où il est juste de tenir compte de la nature de l'infraction pour appliquer la peine.

Les peines criminelles sont donc, aujourd'hui, graduées, de manière à former une *échelle générale* de pénalités et deux *échelles spéciales*, destinées, l'une aux crimes de droit commun, l'autre aux crimes politiques. — L'échelle générale, établie par les articles 7 et 8 du Code pénal, comprend : 1° la *mort;* 2° les *travaux forcés à perpétuité;* 3° la *déportation dans une enceinte fortifiée;* 4° la *déportation simple;* 5° les *travaux forcés à temps;* 6° la *détention;* 7° la *réclusion;* 8° le *bannissement;* 9° la *dégradation civique*. — L'échelle spéciale, réservée aux crimes de droit commun, résulte de la combinaison de divers textes, parmi lesquels figure, en première ligne, l'article 463. Elle comprend : 1° la *mort;* 2° les *travaux forcés à perpétuité;* 3° les *travaux forcés à temps;* 4° la *réclusion*. — L'échelle spéciale de pénalités applicables aux crimes politiques est ainsi organisée : 1° la *déportation dans une enceinte fortifiée;* 2° la *déportation simple;* 3° la *détention*; 4° le *bannissement;* 5° la *dégradation civique*.

325. *Peines perpétuelles; peines temporaires*. — Cette division ne peut s'appliquer qu'à deux catégories de peines, susceptibles d'une mesure dans leur durée, les peines privatives ou restrictives de liberté, les peines privatives de droits.

Parmi les premières, les peines perpétuelles, c'est-à-dire celles qui n'ont d'autre terme que la vie du condamné, sont d'abord : les *travaux forcés à perpétuité*, la *déportation dans une enceinte fortifiée*, la *déportation simple*. Ces peines entraînent les

ne sont pas organisées en châtiments distincts pour les délits politiques et les délits de droit commun. Mais la relégation, qui peut être la conséquence de condamnations correctionnelles comme de condamnations criminelles, est exclusivement réservée aux infractions de droit commun.

Les articles 7 et 8 du Code pénal énumèrent les peines principales en matière criminelle, dans l'ordre de leur gravité relative, suivant une échelle générale, allant de la peine la plus grave, la *mort*, à la peine la moins grave, la *dégradation civique*. Mais ces dispositions, qui ont l'avantage d'établir une gradation pour fixer les pénalités, leur force et leur importance, pour permettre de décider laquelle est la plus grave, spécialement en cas de concours d'infractions, de récidive, de conflit entre deux lois, ont le tort de confondre, dans une même nomenclature, les *peines politiques* et les *peines de droit commun*. Or, ces peines sont distinctes par leur nature, et la loi ne permet pas aux juges de les appliquer les unes pour les autres. Il est donc nécessaire, à côté de l'échelle générale des peines, d'établir deux échelles spéciales, l'une pour les peines de droit commun, l'autre pour les peines politiques. Si cette distinction n'est pas formulée par les articles 7 et 8, c'est que, au moment où le Code pénal fut promulgué, elle était sans importance. Les cours d'assises devaient appliquer la peine prononcée par la loi, en conséquence du verdict du jury, dans les limites du *maximum* ou du *minimum*, sans pouvoir l'abaisser d'un ou de deux degrés, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, dont le système n'était pas encore organisé en matière criminelle. Est-ce à dire que la distinction entre les peines politiques et les peines de droit commun n'existât pas dans le Code pénal? Nullement; l'examen des textes démontre, en effet, que le législateur avait réservé certaines peines, et particulièrement la déportation, aux infractions politiques. Lorsque, en 1832, fut organisé le système des circonstances atténuantes, qui donnait à la cour d'assises le droit d'abaisser la peine criminelle encourue par l'infraction d'un ou de deux degrés, les articles 7 et 8 du Code pénal devaient être modifiés; mais on se contenta de fixer l'application et les con-

séquences de la distinction des deux échelles de peines criminelles dans l'article 463. Une peine cependant restait commune aux crimes politiques et aux crimes ordinaires, c'était la *peine de mort*. Elle a été abolie, en matière politique, en 1848, et la loi du 8 juin 1850 l'a remplacée par la déportation dans une enceinte fortifiée. Ces dispositions ont complètement séparé les deux échelles de peines : si donc cette distinction des peines politiques et des peines de droit commun n'est pas expressément déterminée par la loi, elle résulte de l'ensemble de ses dispositions, et elle est, en général, observée, dans les cas où il est juste de tenir compte de la nature de l'infraction pour appliquer la peine.

Les peines criminelles sont donc, aujourd'hui, graduées, de manière à former une *échelle générale* de pénalités et deux *échelles spéciales*, destinées, l'une aux crimes de droit commun, l'autre aux crimes politiques. — L'échelle générale, établie par les articles 7 et 8 du Code pénal, comprend : 1° la *mort;* 2° les *travaux forcés à perpétuité;* 3° la *déportation dans une enceinte fortifiée;* 4° la *déportation simple;* 5° les *travaux forcés à temps;* 6° la *détention;* 7° la *réclusion;* 8° le *bannissement;* 9° la *dégradation civique*. — L'échelle spéciale, réservée aux crimes de droit commun, résulte de la combinaison de divers textes, parmi lesquels figure, en première ligne, l'article 463. Elle comprend : 1° la *mort;* 2° les *travaux forcés à perpétuité;* 3° les *travaux forcés à temps;* 4° la *réclusion*. — L'échelle spéciale de pénalités applicables aux crimes politiques est ainsi organisée : 1° la *déportation dans une enceinte fortifiée;* 2° la *déportation simple;* 3° la *détention*; 4° le *bannissement;* 5° la *dégradation civique*.

325. *Peines perpétuelles; peines temporaires*. — Cette division ne peut s'appliquer qu'à deux catégories de peines, susceptibles d'une mesure dans leur durée, les peines privatives ou restrictives de liberté, les peines privatives de droits.

Parmi les premières, les peines perpétuelles, c'est-à-dire celles qui n'ont d'autre terme que la vie du condamné, sont d'abord : les *travaux forcés à perpétuité*, la *déportation dans une enceinte fortifiée*, la *déportation simple*. Ces peines entraînent les

incapacités et déchéances substituées à la mort civile par la loi du 31 mai 1854. A ce point de vue, la peine de mort produit le même effet, et on la qualifie, en tenant compte de ses conséquences, de peine perpétuelle. C'est, en quatrième lieu, la *relégation :* aux termes de l'article 1er de la loi du 27 mai 1885, cette peine consiste dans l'internement à vie dans une colonie. L'*interdiction de séjour* est, en principe, temporaire. Cette restriction à la liberté de locomotion n'est perpétuelle, que dans le cas où elle remplace la relégation, pour le récidiviste qui aurait dépassé l'âge de soixante ans à l'expiration de la peine qui entraînerait la relégation (L. 27 mai 1885, art. 8 et 9).

Parmi les peines privatives de droits, celles qui ont un caractère de perpétuité sont : 1° Les *déchéances et nullités* résultant de la loi du 31 mai 1854; 2° La *dégradation civique;* 3° L'*interdiction légale,* cessant, avec la peine principale dont elle est l'accessoire, est, comme cette peine, tantôt perpétuelle et tantôt temporaire; 4° L'*interdiction de certains droits civiques, civils et de famille,* organisée par l'article 42 du Code pénal, presque toujours temporaire, est, cependant, perpétuelle dans les cas prévus par les articles 171 et 175; 5° De même, les *incapacités* et *déchéances* portées par des lois spéciales, ordinairement temporaires, sont parfois perpétuelles.

Toutes les autres peines privatives ou restrictives de liberté et privatives de droits sont temporaires.

326. *Peines afflictives ou infamantes; peines correctionnelles.* — Cette division, qui ne comprend pas les peines de simple police, embrasse, au contraire, le cercle des pénalités organisées, soit en matière de *crimes,* soit en matière de *délits.*

lification d'*infamantes* qui est donnée par la loi à toutes les *peines criminelles*[3].

Les anciens criminalistes, amis des classifications et des divisions, distinguaient deux espèces d'infamie : l'*infamie de fait*, qui dérive de l'opinion publique ; l'*infamie de droit*, qui dérive d'un jugement la prononçant. Deux manières d'infliger la seconde avaient prévalu. Tantôt, l'infamie était simplement déclarée par le jugement lui-même ; tantôt elle était accompagnée d'une exécution matérielle, par le carcan, l'exposition, la dégradation publique. Mais le principe même des peines infamantes doit être condamné, à raison de la flétrissure inutile ou injuste que leur application imprime aux coupables et des obstacles qu'elle apporte à leur relèvement moral[4].

Du reste, une législation, qui conserve la note d'infamie, peut l'attacher, soit à la peine appliquée, soit à l'infraction commise. Le premier système est celui de Code pénal français. Il résulte, en effet, de l'article 6, ainsi conçu : « Les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes » : 1° que la loi note d'infamie certains condamnés, en donnant cet effet, non à l'*infraction* qu'ils ont commise, mais à la *peine* qu'ils ont encourue ; 2° que les seules peines *infamantes* sont les peines criminelles[5].

[3] Cfr. Hepp, *De la note d'infamie*, 1862.

[4] V. pour la critique du système des peines infamantes : Rossi, *op. cit.*, t. III, p. 127 ; Chauveau, *Code pénal progressif*, p. 92. Le système des peines infamantes a été abandonné par le Code pénal belge. Cfr. Haus, *Législ. crim. de la Belgique*, t. I, p. 29 et 30. Le Code pénal italien repousse également ce système.

[5] Le Code pénal de 1810 n'a pas répudié, à ce point de vue, un héritage de l'ancien droit. Comme le dit Ortolan, *op. cit.*, t. II, n° 1622 : « Ce n'était pas au crime, c'était au genre de peine prononcée, souvent même au mode d'exécution de cette peine qu'était attachée l'infamie. Ainsi, par le hart, la mort était infamante ; par le glaive, elle ne l'était pas ; en public, par la main du bourreau, le fouet était infamant ; sous la custode, par la main du geôlier ou du questionnaire, il ne l'était pas. Cette infamie emportait, avant tout, une idée de déshonneur, de tache morale, qui s'étendait même, d'après la coutume universelle, jusque sur la famille du condamné ». Comp. Molinier, *Traité*, t. I, p. 304 à 307.

Et cette erreur de qualification a eu, sur le fond même du droit, une conséquence grave. En effet, l'ancien article 232 du Code civil portait : « *La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce* ». Aux mots « *peine infamante* », le législateur a, sans doute, substitué, par la loi du 27 juillet 1884, sur le divorce, ceux de « *peine afflictive et infamante* », de sorte qu'aujourd'hui la condamnation au bannissement ou à la dégradation civique, par elle seule, ne suffirait plus à motiver une instance en divorce ou séparation de corps. Mais cette modification, certainement humaine, n'empêche pas le conjoint d'un insurgé, condamné politique à la déportation ou à la détention, peines afflictives et infamantes, de se prévaloir de l'infamie attachée par la loi à cette condamnation, pour obtenir le divorce ou la séparation de corps, sans que le tribunal ait un pouvoir quelconque d'appréciation; tandis que le conjoint d'un condamné à l'emprisonnement, pour escroquerie, vol, outrage public à la pudeur, ne le pourra pas, les peines correctionnelles n'étant pas infamantes ! Cette conséquence de la division légale des peines criminelles et des peines correctionnelles suffit pour condamner le caractère infamant que la loi a donné aux premières et refusé, par cela même, aux secondes.

Du reste, aux termes de l'article 6 du Code pénal, les peines en matière criminelle se subdivisent elles-mêmes, en peines « *afflictives et infamantes* » et peines seulement « *infamantes* ». Le Code pénal, sans donner de définition des unes et des autres, énumère les peines afflictives dans l'article 7, les peines infamantes dans l'article 8. Les premières sont celles qui attei-

sente un certain intérêt que depuis la loi du 27 juillet 1884, restreignant l'application de l'article 232 du Code civil aux peines tout à la fois afflictives et infamantes. En elle-même, elle n'a aucun sens, puisque le bannissement et la dégradation civique sont destinés, comme les autres peines, à affliger le condamné. Aussi, cette classification a disparu du Code pénal belge de 1867, comme de tous les Codes plus récemment édictés.

327. La commission chargée de procéder à la révision de notre Code s'est livrée à une refonte complète et à une simplification du système pénal. Sans examiner son œuvre en détail, nous constatons : 1° Qu'elle ne divise plus les peines, en peines criminelles, peines correctionnelles, peines de police, par la raison qu'étant donnée la réduction du nombre des peines, quelques-unes, comme l'emprisonnement et l'amende, sont criminelles, correctionnelles, ou de police, suivant leur durée ou leur quotité; 2° Qu'elle supprime la qualification, depuis longtemps condamnée, de peines *afflictives* et de peines *infamantes;* 3° Qu'elle exprime, comme division essentielle des peines, celle tirée de leurs rapports respectifs, et constate qu'il y a des peines *principales* et des peines *accessoires.*

Les peines principales (art. 10) sont : 1° la mort; 2° l'emprisonnement perpétuel; 3° l'emprisonnement temporaire; 4° la détention; 5° les arrêts de police; 6° l'amende.

Les peines accessoires (c'est-à-dire, car tel est le sens large de la qualification, les peines ajoutées à une peine principale, soit de plein droit en vertu de la loi, soit expressément par le jugement ou l'arrêt de condamnation) sont : 1° la relégation; 2° l'interdiction de certains droits politiques ou civils; 3° l'interdiction de séjour; 4° le placement dans un établissement de travail; 5° la confiscation spéciale; 6° la publication du jugement.

Nous examinerons, en détail, ce système, à propos de chacune des peines.

§ LIII. — TABLEAU D'ENSEMBLE DU SYSTÈME PÉNAL FRANÇAIS

328. Utilité de ce tableau.

328. On ne peut se rendre compte de la place de chaque peine, dans l'ensemble du système pénal, qu'en dressant un tableau synoptique, comprenant, à la fois, le classement des peines et leurs rapports respectifs.

I. Peines criminelles.

N. B. — Les *chiffres* indiquent la gradation des peines dans l'échelle générale; les *majuscules*, l'échelle spéciale des peines de droit commun, et les *lettres italiques*, l'échelle affectée aux crimes politiques.

Principales.

1. A). La *mort*, infligée sur une place publique par la décapitation (C. p., art. 7, 12, 26).

2. B). Les *travaux forcés à perpétuité*, infligés au moyen d'une transportation dans une colonie pénale (C. p., art. 7, 15; L. 30 mai 1854).

3. *a*). La *déportation à perpétuité dans une enceinte fortifiée* (L. 8 juin 1850, art. 1 et 4).

4. *b*). La *déportation simple à perpétuité* (C. p., art. 17; même loi).

5. C). Les *travaux forcés à temps*, de cinq à vingt ans (C. p., art. 7, 15, 19; L. 30 mai 1854).

6. *c*). La *détention*, de cinq ans à vingt ans (C. p., art. 7, 20).

7. D). La *réclusion*, avec soumission au travail, de cinq à dix ans (C. p., art. 7, 21).

8. *d*). Le *bannissement*, de cinq à dix ans (C. p., art. 8, 32).

9. E. *e*). La *dégradation civique*, peine perpétuelle (C. p., art. 8, 34).

Accessoires.

1. La *dégradation civique*. Elle frappe, à perpétuité, les condamnés aux peines afflictives, et à la peine infamante du bannissement (C. p., art. 28; L. 31 mai 1854, art. 2).

2. L'*interdiction légale*. Elle est encourue, pendant la durée de leur peine, par les condamnés aux peines afflictives (C. p., art. 29 à 31; L. 31 mai 1854, art. 2).

3. La *double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit*, par donation, ou par testament, autrement qu'à titre d'aliment. Elle est perpétuelle, et frappe les condamnés à mort, aux travaux forcés à perpétuité, à la déportation (L. 31 mai 1854, art. 3).

II. Peines correctionnelles.

Principales.

1. L'*emprisonnement* de six jours à cinq ans dans un lieu de correction, avec soumission au travail (C. p., art. 9, 40, 41; L. 5 juin 1875).

2. L'*interdiction* à temps de l'exercice de certains droits civiques, civils et de famille (C. p., art. 9, 42, 43).

Accessoires.

Les peines accessoires en matière correctionnelle, consistent dans la privation des droits politiques et de quelques autres droits, prononcée par des lois spéciales contre ceux qui ont encouru certaines condamnations.

III. Peines communes aux matières criminelles et correctionnelles.

1. L'*interdiction de séjour*, ordinairement temporaire : maximum : vingt ans; pas de minimum général (C. p., art. 11, 44, 45 et suiv.; L. 27 mai 1885, art. 19).

2. L'*amende* de seize francs et au-dessus, sans maximum général; peine principale ou complémentaire en matière correctionnelle, toujours complémentaire en matière criminelle (C. p., art. 11, 55).

3. La *rélégation*, peine toujours perpétuelle, accessoire, prononcée comme conséquence de condamnations criminelles ou correctionnelles de droit commun (L. 27 mai 1885, art. 4).

IV. Peines de simple police.

1. L'*emprisonnement* de un à cinq jours, sans obligation de travail (C. p., art. 464 et 465).

2. L'*amende* de un à quinze francs (C. p., art. 466).

V. Peines communes aux matières criminelles, correctionnelles et de police.

1. La *confiscation spéciale*, toujours complémentaire (C. p., art. 11, 464, 470).

2. La *publicité* de la condamnation (C. p., art. 36).

FIN DU TOME PREMIER

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

§ I. — **Le droit criminel.** — 1. Droit et pouvoir de punir. — 2. Droit criminel. Sociologie criminelle..... 1-6

§ II. — **Rapport du droit pénal et de la sociologie criminelle.** — 3. En quoi l'application du droit civil diffère de celle du droit criminel. — 4. Nécessité pour les sciences sociales de s'appuyer sur les sciences naturelles. Méthode expérimentale appliquée à leur étude. Les nouveaux horizons du droit pénal. — 5. Les lois sociales. Le libre arbitre. — 6. Double méthode appliquée à la recherche expérimentale des lois de la criminalité. — 7. La sociologie criminelle. Son triple objet. — 8. Le criminel. Pour le législateur, c'est un type idéal. Pour le juge, un individu. Double conséquence. Individualisation de la peine. Condamnés primaires ou récidivistes. — 9. Fonction sociale de la répression. Peines d'élimination. Peines d'adaptation. Les critères anthropologiques et sociologiques. — 10. Les facteurs du crime. Facteurs naturels, individuels et sociaux. — 11. Prophylaxie et thérapeutique criminelles. — 12. L'école anthropologique. Le type criminel au point de vue anthropologique et psychique. Explication des caractères qui différencient les criminels. Atavisme. Épilepsie. Folie morale. Dégénérescence. — 13. Ce que deviendrait la répression avec cette conception de la criminalité. Inexactitude du critère anthropologique. — 14. École sociologique. — 15. Les résultats de la statistique criminelle française depuis 1826. — 16. Répercussion sur le mouvement de la criminalité de tous les faits d'ordre économique, matériel et social. — 17. La marche parallèle de la criminalité et de la récidive. — 18. Conclusions..... 7-37

§ III. — **De l'objet du droit criminel.** — 19. Le droit criminel a quatre objets. — 20. De l'infraction. — 21. De la peine. — 22. Des juridictions. — 23. De la procédure..... 37-48

§ IV. — **De la place du droit criminel dans la législation.** — 24. Le droit. Ses divisions. — 25. Droit privé. — 26. Droit public. — 27. Le droit criminel est indépendant des autres parties du droit. — 28. Problèmes 49-53

§ V. — **Le droit. Ses origines. Droit civil et droit criminel.** — 29. Loi morale. Libre arbitre. — 30. Individu. Société. — 31. Limites de l'intervention du pouvoir. Modes d'intervention. — 32. Droit civil. Droit pénal 53-62

§ VI. — **Légitimité et fondement du droit de punir.** — 33. Double problème. — 34. Le droit de punir. — 35. Fondement du droit de punir. Divers systèmes. — 36. Théories contractuelles. — 37. Théories utilitaires. — 38. Théories morales. — 39. Théories éclectiques. — 40. Conclusions. Les divers points de vue, isolés, sont incomplets 62-76

§ VII. — **Des caractères de la peine.** — 41. Caractères de la peine. — 42. Effets de la peine. — 43. Conditions qu'elle doit remplir. — 44. Mesure de la peine 76-83

§ VIII. — **Origine historique de la pénalité.** — 45. Importance du droit pénal dans les Codes anciens. — 46. Remarques sur le développement historique du droit pénal. — 47. Les trois phases de ce développement 83-89

§ IX. — **Le droit criminel français.** — 48. Sources du droit criminel français. — 49. Les trois périodes de son histoire 89-91

§ X. — **Les sources. Le droit romain. Le droit germanique. Le droit canonique.** — 50. Division. — 51. Droit pénal romain. Influence et sources. — 52. Distinction des *crimina publica* et des *delicta privata*. — 53. *Crimina publica*. — 54. *Crimina extraordinaria*. — 55. Comparaison entre le droit pénal romain et le droit pénal germanique. — 56. Droit pénal germanique antérieur à l'invasion. — 57. Droit pénal germanique postérieur à l'invasion. — 58. Conséquences diverses de la confusion que fit le droit germanique entre le point de vue pénal et le point

§ XII. — **Le droit pénal de la Révolution française.** — 69. Réaction contre le système des incriminations et des peines de l'ancien droit. — 70. L'œuvre de l'Assemblée constituante. — 71. Principes du droit pénal nouveau. — 72. Mise en œuvre des principes. — 73. Codes de 1791 et du 3 brumaire an IV. — 74. Défauts de cette législation. — 75. Modifications dont elle fut l'objet..... 122-132

§ XIII. — **Droit pénal actuellement en vigueur en France.** — 76. Droit pénal commun. Droit pénal spécial. — 77. Droit pénal commun. — 78. Code pénal de 1810. — 79. Lois modifiant le Code pénal. — 80. Principales réformes dont ce Code a été l'objet depuis 1811. — 81. Droit spécial. — 82. Combinaison du droit commun et du droit spécial.. 132-143

§ XIV. — **Le droit pénal étranger.** — 83. Travail de codification et de modification du droit criminel. — 84. Groupe des législations anglo-saxonnes. — 85. Groupe des législations dérivant du Code français. — 86. Groupe des législations d'origine germanique. — 87. Droit pénal russe. 143-156

§ XV. — **Division de l'ouvrage.** — 88. Partie générale. Partie spéciale. — 89. Division..... 156-157

LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

L'INFRACTION ET LA PEINE

LIVRE PREMIER

De l'infraction.

TITRE PREMIER

DÉFINITION, CLASSIFICATION, ÉLÉMENTS DES INFRACTIONS.

§ I. — **Définition juridique de l'infraction.** — 90. Caractères généraux de l'infraction. — 91. Infraction pénale. Infraction disciplinaire. — 92. Délit pénal. Délit et quasi-délit civils. — 93. Classement des infractions..... 163-174

§ II. — **Classement des infractions au point de vue de leur gravité.** — 94. Classification tripartite du Code pénal. — 95. Utilité de

cette classification. — 96. Critère de la classification. Double difficulté..... 174-179

§ III. — **Classement des infractions au point de vue de leur moralité.** — 97. Délits. Contraventions..... 180-187

§ IV. — **Classement des infractions au point de vue de leur matérialité.** — 98. Diverses classifications tirées de la matérialité du délit. — 99. Infractions instantanées et continues. — 100. Infractions simples et d'habitude. — 101. Infractions collectives par l'unité du but. — 102. Infractions flagrantes et non flagrantes..... 187-196

§ V. — **Classement des infractions au point de vue de leur objet.** — 103. La notion sociologique de la criminalité politique. — 104. Infractions contre la chose publique et contre les particuliers. — 105. Infractions de droit commun et politiques. — 106. Intérêts de cette classification. — 107. Critère de la classification. — 108. Raison d'être de cette classification..... 197-212

§ VI. — **Classement des infractions au point de vue de leur étendue.** — 109. Double sens de ces mots « délits spéciaux ». — 110. Délits spéciaux par leur caractère. — 111. Délits spéciaux par la disposition qui les prévoit. — 112. Intérêt de la classification des délits en délits communs et délits spéciaux..... 212-216

§ VII. — **Éléments généraux de l'infraction.** — 113. Éléments généraux et spéciaux. — 114. Les éléments constitutifs généraux sont au nombre de quatre. Division. — 115. Éléments accidentels. Renvoi de leur étude..... 217-218

TITRE II

L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE FRANÇAISE QUANT AU TEMPS, QUANT AUX LIEUX, QUANT AUX PERSONNES.

§ IX. — **Actes de l'autorité publique qui ont force de loi en matière pénale.** — 119. Sources du droit criminel français. — 120. Sanction pénale de l'article 471 du Code pénal. — 121. Les dispositions législatives et réglementaires empruntent-elles la sanction de l'article 471, § 15 — 122. Actes inconstitutionnels qui ont force de loi..... 221-226

§ X. — **Interprétation des lois pénales.** — 123. Interprétation privée. Interprétation officielle. — 124. Interprétation législative. — 125. Interprétation judiciaire. — 126. Conséquences diverses..... 227-231

§ XI. — **Promulgation et abrogation de la loi pénale.** — 127. Principe. — 128. Promulgation et abrogation. — 129. Application des principes de l'abrogation faite par l'article 484 du Code pénal. 231-236

§ XII. — **Du principe de la non-rétroactivité des lois pénales.** — 130. Raison d'être de la non-rétroactivité des lois pénales. — 131. Comparaison, à ce point de vue, des lois pénales et des lois civiles. Caractère et portée du principe de la non-rétroactivité des lois pénales. 236-240

§ XIII. — **Du conflit des lois anciennes et des lois nouvelles en ce qui concerne l'incrimination et la pénalité.** — 132. Trois situations à prévoir. — 133. Cas où il n'est pas intervenu de jugement. Les lois pénales sont tantôt rétroactives, tantôt non rétroactives. Lois plus douces. Lois plus sévères. — 134. Difficultés d'application. — 135. Effets d'une loi nouvelle quand il est intervenu un jugement non définitif. — 136. Effets d'une loi nouvelle sur les condamnations déjà prononcées. — 137. Loi changeant le mode d'exécution d'une peine. 241-254

§ XIV. — **Du conflit des lois anciennes et des lois nouvelles en ce qui concerne l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure.** — 138. Les lois de forme sont rétroactives. — 139. Il en est ainsi des lois qui modifient l'organisation judiciaire et la compétence. — 140. Et des lois qui modifient la procédure..... 254-260

§ XV. — **Du conflit des lois anciennes et des lois nouvelles en ce qui concerne la prescription pénale.** — 141. Divers systèmes sur la question..... 260-265

CHAPITRE II

DE L'APPLICATION DES LOIS CRIMINELLES PAR RAPPORT AUX LIEUX ET AUX PERSONNES QU'ELLES RÉGISSENT.

§ XVI. — **Position de la question.** — 142. Divers systèmes. Territorialité et personnalité des lois pénales..... 266-269

§ XVII. — **A quel territoire s'applique la loi pénale française.** — 143. La loi pénale s'applique à tous ceux qui se trouvent sur le terri-

toire. — 144. Étendue du territoire. Mer territoriale. Navires. Occupation armée. Pays hors chrétienté. — 145. Des conditions requises pour considérer une infraction comme commise sur le territoire. — 146. Conséquences de la territorialité de la loi pénale..... 269-2[illegible]

§ XVIII. — **Quelles personnes, sur le territoire, la loi française peut atteindre.** — 147. Caractère général et commun de la loi pénale. 148. Situation du chef de l'État. — 149. Des représentants du peuple. — 150. Situation des agents diplomatiques. — 151. Des chefs d'États souverains..... 285-29[illegible]

§ XIX. — **Quelles infractions commises hors le territoire la loi pénale française peut atteindre.** — 152. Position de la question. — 153. Historique de la question. — 154. Division du sujet. 295-300

§ XX. — **Crimes, délits, contraventions commis à l'étranger.** — 155. Distinction entre les crimes, les délits et les contraventions. — 156. *Crimes* commis à l'étranger. — 157. Dans quelle mesure les étrangers commettant un crime hors du territoire devraient échapper à la loi pénale française. — 158. *Délits* commis à l'étranger. — 159. A quelle condition essentielle ces délits sont punissables. — 160. Règles exceptionnelles de la poursuite en matière de délits commis à l'étranger. — 161. Modification à la compétence en cas de crimes et délits commis à l'étranger. — 162. *Délits spéciaux* et *contraventions* commis à l'étranger. — 163. Condition générale du retour en France..... 300-309

§ XXI. — **Des conflits de législation et de juridiction en matière pénale.** — 164. Des conflits sont de nature à s'élever lorsque le même fait est punissable dans deux pays. — 165. Des conflits de législation en matière pénale. — 166. Des conflits de juridiction. Comment la question devrait être résolue en législation. — 167. Le Français ou l'étranger qui a commis une infraction hors du territoire ne peut être jugé en France s'il a été déjà jugé à l'étranger. — 168. Étendue de la règle. — 169. Un nouveau jugement peut intervenir si l'infraction a été commise en France. — 170. Législation comparée..... 310-318

§ XXIII. — **De la police des étrangers en France.** — 178. Surveillance des étrangers en France. Expulsion. — 179. Critique de ces diverses mesures..... 331-335

§ XXIV. — **De l'extradition.** — 180. L'extradition. — 181. Elle rentre dans le droit international. — 182. Fondement rationnel de l'extradition. — 183. Rôle de l'État auquel on demande l'extradition. Lois. Traités. Coutumes. — 184. Conditions de l'extradition. — 185. Quant aux personnes qui peuvent être extradées. — 186. Quant aux infractions susceptibles d'extradition. — 187. Procédure de l'extradition. — 188. Effets de l'extradition. Principe de la spécialité. — 189. Les tribunaux de l'État requérant peuvent-ils juger le fait sous une autre qualification que celle qui lui a été donnée dans l'acte d'extradition?..... 335-362

TITRE III

DE L'INFRACTION DANS SES ÉLÉMENTS MATÉRIELS.

§ XXV. — **Notions générales.** — 190. Les problèmes. — 191. Point de vue objectif. Point de vue subjectif. Comment il faut les combiner. — 192. La théorie de la tentative est moderne. Droit romain. — 193. Droit ancien et droit actuel..... 363-369

§ XXVI. — **Phase qui précède la tentative.** — 194. De la volonté criminelle. — 195. Des actes extérieurs qui la manifestent. Actes préparatoires. Actes d'exécution. — 196. Pourquoi les actes préparatoires ne sont pas punis par relation avec le délit qu'ils ont pour but de faciliter..... 369-375

§ XXVII. — **De la tentative et de la consommation du délit.** — 197. Des éléments de la tentative. — 198. Du commencement d'exécution. — 199. Double problème. Distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution. Question de droit. Critère de la solution. — 200. De l'intention en matière de tentative. — 201. Du désistement volontaire de l'agent. — 202. Expression des conditions essentielles de la tentative punissable dans les décisions judiciaires. — 203. Des deux formes de la tentative. Délit tenté. Délit manqué. Délit consommé..... 375-391

§ XXVIII. — **Du délit impossible.** — 204. Ce que l'on entend par délit impossible. Double problème. — 205. Des deux écoles, objective et subjective. — 206. Le Code pénal français est muet sur la question. Théorie classique excluant la répression en cas d'impossibilité. — 207. Des causes d'où provient l'impossibilité. L'objet et les moyens. Impossibilité absolue, impossibilité relative. — 208. Pour nous, l'impossibilité de fait est une circonstance accidentelle qui ne saurait empêcher la ré-

pression. — 209. Mais l'impossibilité légale ne doit pas être confondue avec l'impossibilité de fait. — 210. Des pratiques superstitieuses... 392-[illegible]

§ XXIX. — **De l'incrimination et de la pénalité de la tentative.** — 211. Des trois problèmes qui se posent. — 213. La nature de l'infraction peut exclure le concept de la tentative. — 214. Quand la tentative est possible, dans quels cas est-elle punie? Systèmes divers. Distinction faite par la loi française. — 215. Lorsque la tentative est incriminée, elle est punie de la même peine que le crime consommé. Examen et critique de cette règle. — 216. De la tentative en matière de crimes. — 217. De la tentative en matière de délits. — 218. De la tentative en matière de contraventions..... 403-412

TITRE IV

DE L'INFRACTION DANS SES ÉLÉMENTS MORAUX.

§ XXX. — **Division.** — 219. Double question..... 413

SECTION PREMIÈRE

Les agents et patients du délit.

§ XXXI. — **Qui peut être agent de l'infraction.** — 220. Personnes physiques. Personnes morales. — 221. Les personnes morales ne sont pas pénalement responsables. — 222. De la responsabilité collective. Évolution dans les idées. — 223. Les personnes morales sont civilement responsables..... 413-422

§ XXXII. — **Qui peut être patient du délit.** — 224. Principe et application. — 225. Les législations modernes n'admettent plus de délits contre la Divinité..... 423-42[illegible]

sur lesquelles repose la responsabilité dans les législations actuelles. Les concepts d'obligation, de libre arbitre, de personnalité. La responsabilité suppose le discernement et la liberté. — 231. Les systèmes nouveaux qui prétendent remplacer les notions traditionnelles se partagent en trois groupes. — 232. Ceux qui réduisent la responsabilité à un rapport social. — 233. Ceux qui expliquent la responsabilité morale sans le libre arbitre. — 234. Ceux qui séparent la responsabilité subjective de la responsabilité objective. — 235. Conclusions sous forme de thèses. — 236. Causes de non culpabilité. Causes dirimantes ou aggravantes de la culpabilité..... 426-434

§ XXXV. — **Influence de l'âge sur la responsabilité pénale.** — 237. Trois périodes de la vie humaine. — 238. Les trois bases fondamentales du système du Code pénal. — 239. De la protection de l'enfance. Quatre catégories d'enfants appellent l'intervention de l'État. Enfants matériellement abandonnés. Enfants moralement abandonnés. Enfants mendiants et vagabonds. Enfants commettant d'autres délits que le vagabondage et la mendicité..... 435-448

§ XXXVI. — **De la condition des mineurs de seize ans.** — 240. Quatre règles résument la condition des mineurs de seize ans. — 241. Présomption d'irresponsabilité. Question de discernement. — 242. Si le juge répressif estime que le mineur a agi sans discernement, il doit l'acquitter. Caractères de cet acquittement. — 243. Du droit qui appartient, dans ce cas, au tribunal de renvoyer le mineur dans une maison de correction ou de le rendre à sa famille. — 244. Si le juge répressif estime que le mineur a agi avec discernement, celui-ci doit être condamné, mais moins sévèrement que s'il était majeur. Renvoi en ce qui concerne l'effet de l'excuse atténuante. — 245. Compétence du tribunal correctionnel en matière de poursuite criminelle contre un mineur. Principe et exceptions..... 448-464

§ XXXVII. — **De la condition des majeurs de seize ans.** — 246. Après seize ans accomplis, la majorité pénale est acquise. — 247. L'adolescence. — 248. La vieillesse. — 249. La présomption de discernement qui résulte de la majorité n'est pas absolue..... 465-468

§ XXXVIII. — **De la question d'âge.** — 250. Vérification de l'âge de l'inculpé..... 468-471

§ XXXIX. — **De l'influence de la démence sur la responsabilité pénale.** — 251. Double situation possible. — 252. Démence au temps de l'action. — 253. Effets de la démence. — 254. Quand il y a démence. — 255. Pourquoi la démence est une cause d'irresponsabilité. Évolution dans les idées en matière d'aliénation mentale. — 256. De la zone neutre entre la sanité et l'insanité d'esprit. — 257. C'est au temps de l'action qu'il faut se placer pour déterminer si l'agent était en état de démence. — 258.

Résumé. — 259. Démence pendant la poursuite ou après la condamnation..... 471-492

§ XL. — **De l'influence sur la responsabilité d'un trouble momentané des facultés mentales.** — 260. Observation générale.— 261. Fièvres. Épilepsie. Hystérie. — 262. Période menstruelle. Période de grossesse. — 263. Surdi-mutité. — 264. Sommeil. Songes. Somnambulisme. — 265. Hypnotisme. Suggestion. — 266. Ivresse, alcoolisme. — 267. Passions, colère, haine, amour, jalousie, cupidité, etc.... 493-522

§ XLI. — **De l'influence de la contrainte sur la responsabilité.** — 268. Notion de la contrainte. — 269. Contrainte physique, son influence. — 270. Contrainte morale. Des deux situations comprises sous cette expression. — 271. De l'état de nécessité. — 272. De la contrainte morale proprement dite. — 273. Des conditions requises pour que l'état de nécessité et la contrainte morale soient exclusifs de la culpabilité. — 274. Des délits commis dans le cas d'extrême misère..... 522-533

§ XLII. — **De l'intention criminelle.** — 275. Position de la question. — 276. Double problème..... 534

§ XLIII. — **En quoi consiste l'intention criminelle.** — 277. En quoi l'intention est distincte de la volonté. — 278. La faute intentionnelle et la faute inintentionnelle. — 279. La faute intentionnelle. Division. — 280. De l'intention criminelle ordinaire. De l'intention spéciale, plus spéciale. Les motifs et le but comparés à l'intention. Intention réfléchie. Intention irréfléchie. Préméditation. — 281. Intention déterminée, indéterminée ou éventuelle. — 282. De la faute. Pourquoi elle est punissable. Distinction des degrés de la faute. — 283. De l'application de la causalité en matière de faute. Cause directe. Cause indirecte..... 535-550

§ XLIV. — **De l'influence de l'intention sur la responsabilité pénale.** — 284. La négation de l'intention criminelle peut être directe, ou bien résulter de l'erreur de fait ou de l'erreur de droit. — 285. Du cas où l'auteur du fait nie directement l'intention criminelle. — 286. La classification des infractions en crimes, délits, contraventions, mise en rapport avec la division des infractions en infractions intentionnelles et inintentionnelles..... 550-555

§ XLV. — **De l'influence de l'erreur soit de droit, soit de fait sur la responsabilité pénale.** — 287. Comparaison entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Quatre groupes de législations. — 288. De l'ignorance ou de l'erreur de droit. — 289. De l'ignorance ou de l'erreur de fait. Distinction. — 290. Éléments constitutifs. — 291. Circonstances accessoires. — 292. Erreur sur l'état ou la qualité..... 555-562

§ XLVI. — **Procédure en ce qui concerne les causes de non culpabilité, autres que la faiblesse de l'âge.** — 293. Règles de la procédure dans ce cas..... 562-563

§ XLVII. — **Des causes de justification en général.** — 294. Distinction entre les causes de justification et les causes de non culpabilité. — 295. Causes de justification générales. Causes de justification spéciales. Il ne faut pas les confondre avec l'absence d'un élément constitutif. — 296. Du consentement de la personne lésée considéré comme cause de justification..... 564-570

§ XLVIII. — **De la légitime défense.** — 297. La légitime défense. — 298. De la légitime défense en général. Notions historiques. — 299. Conditions de la légitime défense en se plaçant au point de vue de l'agression. — 300. Gravité du danger. Attaque contre les personnes. Attaque contre les biens. — 301. Illégalité de l'agression. Double difficulté. — 302. S'il est permis de résister à un acte illégal de l'autorité. — 303. Provocation antérieure. — 304. Actualité du danger. — 305. Limites de la légitime défense. — 306. Excès de défense..... 570-591

§ XLIX. — **Cas exceptionnels de légitime défense.** — 307. Caractère de l'article 329. — 308. Premier cas. Escalade et effraction la nuit. — 309. Second cas. Vol ou pillage avec violence..... 591-596

§ L. — **De l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime.** — 310. Principe. — 311. Double condition du fait justificatif. — 312. De l'obéissance hiérarchique. — 313. De l'obéissance domestique. Crainte révérentielle..... 596-602

LIVRE SECOND

De la peine.

TITRE PREMIER

DÉFINITION, CLASSIFICATION, ÉLÉMENTS DE LA PEINE.

§ LI. — **La peine en général.** — 314. La peine comparée aux autres sanctions de droit. — 315. La peine produit un mal qui peut être utilisé pour l'amendement, l'intimidation, l'expiation, la vengeance. Idées directrices du système pénal français. Évolution de ces idées. — 316. Toute peine suppose un jugement préalable sur la culpabilité. — 317. Du principe de la légalité des peines. Le rôle de la loi, du juge, de l'administration. Fixation de la peine par le juge. Des sentences indéterminées. — 318. De l'égalité devant la peine. — 319. De la personnalité des peines. — 320. Mesures répressives, exclusives, correctionnelles..... 603-612

§ LII. — **Classification des peines.** — 321. Classifications diverses des peines. — 322. Peines criminelles, correctionnelles et de police. — 323. Peines principales, accessoires, complémentaires. — 324. Peines de droit commun; peines politiques. — 325. Peines perpétuelles; peines temporaires. — 326. Peines afflictives ou infamantes et peines correctionnelles. — 327. Système général de la commission de révision du Code pénal français..... 611-[illegible]

§ LIII. — **Tableau d'ensemble du système pénal français.** — 328. Utilité de ce tableau..... 621-[illegible]

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

MAY 29 1947